

DES-4-06  
2007 FC 766

DES-4-06  
2007 CF 766

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

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

v.

c.

**Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar and Maher Arar** (*Respondents*)

**Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar et Maher Arar** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR) (C.F.)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa, (teleconferences) April 25 and May 14, 2007; (public hearings) April 30 and May 23, 2007; (*ex parte* (*in camera*) hearings) May 1, 2, 3 and 23, 2007; July 24, 2007.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, (téléconférences) 25 avril et 14 mai 2007; (audiences publiques) 30 avril et 23 mai 2007; (audiences *ex parte* (à huis clos)) 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 23 mai 2007; 24 juillet 2007.

*Administrative Law—Application under Canada Evidence Act (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security—Maher Arar, Syrian-Canadian, sent to Syria by American officials while transiting through New York City airport—Imprisoned, interrogated, tortured while in Syria—Public commission of inquiry established to investigate, report on actions of Canadian officials in relation to deportation, detention of Maher Arar—After inquiry, Commissioner preparing in camera, public report—Government contesting release of 1500 words contained in public report—To determine whether information can be disclosed under CEA, s. 38.04, Court having to apply criteria set out at s. 38.06—Once filed with Governor in Council, Commission's report prepared after inquiry becoming confidence of Privy Council—Therefore, executive having complete power over whether to make final report public—Information, disclosure of which identified as not injurious, for which public interest in disclosure prevailing, authorized for disclosure while remaining information ordered not disclosed—Application allowed in part.*

*Droit administratif—Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale—Maher Arar, un Canadien d'origine syrienne, a été expulsé vers la Syrie par des fonctionnaires américains alors qu'il transitait par un aéroport de la ville de New York—Il a été emprisonné, interrogé et torturé en Syrie—Une commission publique d'enquête a été établie pour enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de Maher Arar—Après l'enquête, le commissaire a préparé un rapport confidentiel et un rapport public—Le gouvernement contestait la divulgation de 1500 mots du rapport public—Pour établir si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l'art. 38.04 de la LPC, la Cour doit appliquer les critères exposés dans l'art. 38.06—Une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, le rapport qu'une commission prépare à la suite d'une enquête devient un document confidentiel du Conseil privé—C'est donc l'exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s'il convient ou non de rendre public le rapport final—A été autorisée la divulgation des renseignements dont la divulgation a été jugée non préjudiciable et à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifient la divulgation alors que les renseignements restants étaient visés par une ordonnance interdisant leur divulgation—Demande accueillie en partie.*

*Evidence — Application under Canada Evidence Act (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security — No deference to be afforded to Commissioner's rulings as to whether information at issue can be disclosed — Court having to apply criteria set out in CEA, s. 38.06 to determine whether disclosure of information at issue should be prohibited — S. 38.06 scheme demanding Court apply three-step test: (1) Party seeking disclosure must establish relevance of information sought; (2) Attorney General must establish disclosure of information at issue injurious to international relations, national defence or national security; (3) If injury proven to exist, Court must determine whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure, whether information at issue should be disclosed — Last step involving assessment of several factors, i.e. extent of injury if information disclosed, importance of open court principle, etc. before making determination — Concepts of third-party rule, "mosaic effect" also examined.*

*Security Intelligence — Application under Canada Evidence Act, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure injurious to international relations, national defence, national security — Meaning of term "national security" entailing, at minimum, preservation of Canadian way of life, safeguarding security of persons, institutions, freedoms in Canada — Grounds on which national security claims capable of succeeding considered — Third-party rule (understanding among information-sharing parties providers of information maintaining control over its subsequent disclosure, use) of essence to guarantee proper functioning of modern police, intelligence agencies — Harm caused by breach of third-party rule assessed when judge balancing public interest in disclosure against public interest in non-disclosure.*

*Preuve — Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — Les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause pouvaient être divulgués ne devaient bénéficier d'aucune retenue — La Cour devait appliquer les critères énoncés à l'art. 38.06 de la LPC pour établir si la divulgation des renseignements en cause devait être interdite — Le régime de l'art. 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets: 1) la partie qui sollicite la divulgation doit établir la pertinence des renseignements dont elle souhaite la divulgation; 2) le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 3) si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués — La dernière étape porte sur l'appréciation de nombreux facteurs, notamment l'étendue du préjudice qui serait subi si les renseignements étaient divulgués, l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, etc. avant de prendre une décision — Examen de la règle des tiers et de l'«effet de mosaïque».*

*Renseignement de sécurité — Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — L'expression «sécurité nationale» s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada — Examen des moyens pouvant rendre recevables les allégations fondées sur la sécurité nationale — La règle des tiers (entente entre des parties qui échangent des renseignements selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur leur divulgation et l'utilisation ultérieures) est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi — La gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la*

This was an application under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* (CEA) for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. Two judgments were rendered: a public and an *ex parte* (*in camera*) judgment.

The respondent Maher Arar, a Syrian-Canadian, was arrested by American officials while transiting through John F. Kennedy International Airport in New York and detained for 12 days. He was then sent to Syria and imprisoned for nearly one year. During his imprisonment, he was interrogated, tortured and held in degrading and inhuman conditions. He eventually returned to Canada and his ordeal attracted much media attention. The public Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar was established by order in council to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to the deportation and detention of Mr. Arar and to recommend an independent review mechanism for the RCMP's national security activities. The present application related only to the public report outlining the Commissioner's findings in the Factual Inquiry. The Terms of Reference, which established the public Commission, gave the Commissioner broad powers over the rules of procedure that would govern the Inquiry. These terms ensured that he would have access to all information he deemed necessary to fully investigate the events surrounding the Maher Arar affair while guaranteeing that information injurious to international relations, national defence or national security would not be disclosed without prior authorization from the Government. In particular, section (k) of the Terms of Reference established how the Commission was to handle information that is subject to national security confidentiality. After the main evidentiary hearing, the Government contested the release of about 1500 words in the Factual Inquiry report intended for the public. The Commission also prepared an *in camera* report. When the Commissioner sent the public report to the Privy Council indicating that the information redacted from the report was information that could be disclosed to the public and was necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair, the Government filed the present application. Given that the Federal Court has recently held that the open court principle enshrined under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated by the provisions requiring that CEA section 38 applications be heard in private, the content of this application's "private" file was reviewed and

*divulgué et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgué.*

Il s'agissait d'une demande présentée en application de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Deux jugements ont été rendus, soit un jugement public et un jugement *ex parte* (à huis clos).

Le défendeur, Maher Arar, est un Canadien d'origine syrienne qui a été arrêté par des fonctionnaires américains alors qu'il transitait par l'aéroport international John F. Kennedy à New York et qui a été détenu pendant 12 jours. Il a ensuite été expulsé vers la Syrie et a été emprisonné pendant près de un an. Pendant son emprisonnement, il a été interrogé, torturé et détenu dans des conditions dégradantes et inhumaines. Il est par la suite revenu au Canada et l'épreuve qu'il a vécue a été largement commentée par les médias. La Commission publique d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar a été établie au moyen d'un décret pour enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de M. Arar et pour formuler des recommandations sur la création d'un mécanisme d'examen indépendant des activités de la GRC liées à la sécurité nationale. La demande en l'espèce ne concernait que le rapport public exposant les conclusions du commissaire dans l'enquête sur les faits. Le mandat, qui a établi la commission publique, conférerait au commissaire de larges pouvoirs sur les règles de procédure qui allait régir l'enquête. En application du mandat, le commissaire avait accès à tous les renseignements qu'il jugeait nécessaires pour enquêter pleinement sur les événements entourant l'affaire Maher Arar, mais les renseignements pouvant préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale ne seraient pas divulgués sauf autorisation préalable du gouvernement. Plus précisément, l'alinéa k) du mandat précisait la manière dont la Commission allait gérer les renseignements devant rester secrets pour raison de sécurité nationale. À la suite de la principale audience, le gouvernement a contesté la communication d'environ 1 500 mots du rapport d'enquête sur les faits destiné au public. En outre, la Commission a préparé un rapport confidentiel. Lorsque le commissaire a envoyé au Conseil privé le rapport public dans lequel il a indiqué que les renseignements expurgés du rapport étaient des renseignements qui pouvaient être communiqués au public et qui étaient nécessaires pour une description objective des faits entourant l'affaire Arar, le gouvernement a déposé la demande en l'espèce. Comme la

documents which could be classified as “public” became part of the public file while sensitive information and documents remained part of the *in camera* file.

The issues were: what deference should be accorded to the Commissioner’s rulings regarding the information that may be disclosed and what was involved in some of the concepts at play.

*Held*, the application should be allowed in part.

The Commissioner’s rulings as to whether the information at issue can be disclosed should not be afforded any deference given the wording of the Terms of Reference, the role and the structure of the Commission and the wording of CEA, section 38. Where the Federal Court is seized with an application to determine whether information can be disclosed under section 38.04, the Court, after applying the criteria set out at section 38.06, makes a determination as to whether the information in question should be disclosed. This wording indicates that the Court’s role under sections 38.04 and 38.06 of the CEA is to rule on whether particular information can be disclosed, a judicial obligation that cannot be delegated. Nevertheless, the case law is clear that the Court’s role under section 38 of the CEA is not to judicially review a decision to disclose information.

As a general rule, a commission acts independently of the Government when it conducts its inquiry and when it subsequently reports its conclusions and recommendations. However, pursuant to paragraph 39(2)(a) of the CEA, a commission’s report, once filed with the Governor in Council, becomes a confidence of the Privy Council. Therefore, the executive possesses complete power over whether to make a commission’s final report public. In this case, the executive chose to redact about 1500 words from the public report before applying for an order prohibiting the disclosure of the redacted passages.

The Court had to apply the CEA section 38.06 scheme to determine whether disclosure of the information at issue in the present application should be prohibited. The section 38.06 scheme demands that the Court apply a three-step test. The first step demands that the party seeking disclosure establish

Cour fédérale a récemment statué que les dispositions précisant que les demandes au titre de l’article 38 de la LPC doivent être instruites à huis clos contrevenaient au principe de la publicité des débats judiciaires, principe inscrit dans l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le contenu du dossier « privé » de la demande visée en l’espèce a été revu, et les documents qui pouvaient être classifiés comme documents « publics » sont devenus partie du dossier public, tandis que les renseignements et documents sensibles sont demeurés dans un dossier *ex parte*.

Il fallait déterminer si les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements pouvant être divulgués pouvaient bénéficier de retenue judiciaire et ce qui était visé par certains des concepts en jeu.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause pouvaient être divulgués ne devaient bénéficier d’aucune retenue étant donné le texte du mandat, le rôle de la Commission et sa structure, et enfin le texte de l’article 38 de la LPC. Lorsque la Cour fédérale est saisie d’une demande par laquelle elle est priée de dire si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l’article 38.04, c’est elle qui décide, après application des critères exposés dans l’article 38.06, si les renseignements en cause devraient ou non être divulgués. D’après les articles 38.04 et 38.06 de la LPC, le rôle de la Cour consiste à dire si des renseignements donnés peuvent être divulgués; cette obligation judiciaire ne peut être déléguée. Néanmoins, il ressort clairement de la jurisprudence que le rôle de la Cour selon l’article 38 de la LPC ne consiste pas à procéder au contrôle judiciaire d’une décision de divulguer des renseignements.

En règle générale, une commission agit indépendamment du gouvernement lorsqu’elle mène son enquête et lorsqu’elle présente ensuite son rapport sur ses conclusions et recommandations. Toutefois, en application de l’alinéa 39(2)a) de la LPC, le rapport d’une commission, une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, devient un document confidentiel du Conseil privé. C’est donc l’exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s’il convient ou non de rendre public le rapport final d’une commission. En l’espèce, l’exécutif a décidé d’expurger environ 1 500 mots du rapport public avant de présenter une demande pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation des passages expurgés.

La Cour devait appliquer le régime de l’article 38.06 de la LPC pour savoir s’il était opportun d’interdire la divulgation des renseignements en cause en l’espèce. Le régime de l’article 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets. Dans un premier temps, la partie qui sollicite la

that the information for which disclosure is sought is at all relevant. The Arar Commission's Terms of Reference provided a detailed procedure on how to deal with protected information. Under the Terms of Reference, the Commission could receive sensitive information under paragraph 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8) of the CEA. The relevancy factor was therefore to be evaluated considering the uniqueness and utility of commissions of inquiry to the government and the public. The Terms of Reference at paragraph (k) and its subparagraphs gave the Commissioner a mandate to ensure the non-disclosure of sensitive information and establish a procedure that had to be followed when considering whether information could be disclosed in accordance with section 38 of the CEA. Each of the redacted portions of the Commission's public report were relevant. The Commissioner clearly identified these passages as being relevant for the purposes of the Commissioner's report and his opinion carried some weight.

The second step of the section 38.06 test demands that the Attorney General establish that disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security. Section 38 of the CEA defines "potentially injurious information" and uses the phrase "could injure" international relations, national defence or national security whereas section 38.06 uses the word "would" be injurious. The use of the word "would" by the legislator indicates that the Government under section 38.06 of the CEA must satisfy the reviewing judge that the injury alleged is probable and not simply a possibility or merely speculative. In order for there to be "injury" there must be some detriment, damage or loss. The phrase "information injurious to international relations" refers to information that if disclosed would be injurious to Canada's relationship with foreign nations. Unlike the term "national defence" which is widely understood as meaning "measures taken by a nation to protect itself against its enemies," the meaning of the term "national security" is not commonly known. At minimum, it means the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada.

To properly understand the national security claims at issue here, it was necessary to consider the grounds on which such claims could succeed. Some of these grounds, i.e. the third-party rule and the mosaic effect, were considered.

divulgarion doit démontrer que les renseignements dont elle souhaite la divulgation sont pertinents. Le mandat de la Commission Arar exposait en détail la manière dont elle devait traiter les renseignements protégés. Selon le mandat, la Commission pouvait recevoir des renseignements sensibles, en application de l'alinéa 38.01(6)d) et du paragraphe 38.01(8) de la LPC. Il fallait donc évaluer le facteur de la pertinence en tenant compte du caractère exceptionnel et de l'utilité des commissions d'enquête pour le gouvernement et pour le public. L'alinéa k) du mandat, ainsi que ses sous-alinéas, investissaient le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués, et ils établissaient la procédure qu'il devait suivre pour savoir si des renseignements pouvaient être divulgués dans le respect de l'article 38 de la LPC. Chacun des passages expurgés du rapport public de la Commission était pertinent. Le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport et son avis comptait pour quelque chose.

Dans un deuxième temps, le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. L'article 38 de la LPC définit l'expression « renseignements potentiellement préjudiciables » et utilise la phrase « sont susceptibles de porter préjudice » aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales tandis que l'article 38.06 utilise les mots « porterait préjudice ». L'emploi des mots « porterait préjudice » par le législateur signale que, selon l'article 38.06 de la LPC, le gouvernement doit convaincre le juge chargé du contrôle que le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture. Pour qu'il y ait « préjudice », il doit y avoir un détournement, un dommage ou une perte. Les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines. Contrairement à l'expression « défense nationale », dont la définition est largement comprise comme signifiant « les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis », le sens de l'expression « sécurité nationale » demeure imprécis. Cette expression s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada.

Pour bien comprendre les allégations fondées sur la sécurité nationale qui sont en cause en l'espèce, il fallait connaître certains des moyens pouvant rendre recevables ces allégations. La Cour s'est penchée sur certains de ces moyens, notamment la règle des tiers et l'effet de mosaïque.

The third-party rule is relied on by law enforcement and intelligence agencies to ensure the steady flow of information. It is an understanding among information-sharing parties that the providers of the information will maintain control over the information's subsequent disclosure and use. Agencies receiving information under this rule promise not to disclose the information they receive unless they obtain permission from the source. This rule is of essence to guarantee the proper functioning of modern police and intelligence agencies. A breach of the third-party rule may cause harm and affect the flow of information to Canada. When determining whether disclosure will cause harm, it is also important to consider the nature of Canada's relationship with the law enforcement or intelligence agency from which the information was received. The severity of the harm that may be caused by a breach of the third-party rule can be assessed under the third part of the section 38.06 test when the reviewing judge balances the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

The mosaic effect principle advances that information, which in isolation appears meaningless or trivial, could when fitted together permit a comprehensive understanding of the information being protected. However, on its own, it will not usually provide sufficient reason to prevent disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Further evidence will generally be required to convince the Court that a particular piece of information, if disclosed, would be injurious to international relations, national defence or national security. Merely alleging a "mosaic effect" is not sufficient.

If injury is found to exist, the last step of the section 38.06 test asks the Court to determine whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure and thus whether the information at issue should be disclosed. A judge will normally only undertake such an analysis where an injury to international relations, national defence or national security is found to exist. In the present case, which involves a Commission of inquiry, disclosing some of the information would not be injurious. Several factors must be assessed in weighing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure. Some of the factors to consider are the relevance of the redacted information, the extent of the injury that would occur if the information was disclosed, the importance of the open court principle and whether there are

Les organismes d'application de la loi et les agences de renseignements se rapportent à la règle des tiers pour garantir le flux constant de renseignements. Il s'agit d'une entente conclue entre parties qui échangent des renseignements selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements. Les organismes qui reçoivent des renseignements en application de cette règle promettent de ne pas divulguer les renseignements qu'ils reçoivent sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de la source. Cette règle est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi. Passer outre à la règle des tiers risquerait de causer un préjudice et de compromettre le flux des renseignements que reçoit le Canada. Lorsqu'on se demande si la divulgation de renseignements causera un préjudice, il importe également de considérer la nature de la relation du Canada avec l'agence de renseignement ou l'agence d'application de la loi d'où proviennent les renseignements. La gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée à la faveur du troisième volet du critère de l'article 38.06 lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

Le principe de l'effet de mosaïque pose que des renseignements, qui, pris isolément, paraissent sans signification ou sans valeur, pourraient, combinés les uns aux autres, donner une bonne idée des renseignements qui sont protégés. Cependant, l'effet de mosaïque ne saurait en général, par lui-même, constituer une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait pouvoir par ailleurs être qualifié de renseignement anodin. D'autres preuves seront en général nécessaires pour convaincre la Cour qu'un renseignement particulier, s'il était divulgué, serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Le simple fait d'alléguer un « effet de mosaïque » ne suffit pas.

Enfin, si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit, selon le dernier volet du critère prévu à l'article 38.06, se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués. Le juge n'entreprendra en principe une telle analyse que s'il conclut à la probabilité de préjudice pour les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale. Dans le cas présent, qui concerne une commission d'enquête, la divulgation de ces renseignements ne serait pas préjudiciable. De nombreux facteurs doivent être appréciés dans le cadre de la mise en balance des deux ensembles de raisons d'intérêt public, notamment la pertinence des renseignements expurgés,

higher interests at stake such as human rights issues. Once these factors have been properly assessed and weighed against one another, a determination as to disclosure can be made. In the present case, information, disclosure of which was identified as not injurious and for which the public interest in disclosure prevailed was authorized for disclosure while the remaining information was ordered not to be disclosed.

l'étendue du préjudice qui serait subi si les renseignements étaient divulgués, l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires et le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple des droits de la personne. Ce n'est qu'une fois ces facteurs dûment étudiés et mis en balance qu'une décision touchant la divulgation peut être prise. En l'espèce, a été autorisée la divulgation des renseignements dont la divulgation a été jugée non préjudiciable et à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifient la divulgation alors que les renseignements restants ont été visés par une ordonnance interdisant leur divulgation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 15.  
*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 am. *idem*, ss. 43, 141(5)), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, Item 5(F)).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 2 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 19.  
*Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).  
 Order in Council P.C. 2004-48.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547; (2007), 219 C.C.C. (3d) 305; 47 C.R. (6th) 346; 2007 FC 490; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).  
 Décret C.P. 2004-48.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15.  
*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*, art. 43, 141(5)), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5(F)).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89).  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 19.  
*Principes de Johannesburg: Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547; 2007 CF 490; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3; 2002 CSC 57.

N.R. 154; 2002 FCA 470; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 SCC 57.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246 (as to facts).

## CONSIDERED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 151 C.R.R. (2d) 74; 2007 FC 128; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (1996), 106 F.T.R. 210 (T.D.); *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.); *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39 (H.C. Aust.); *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.); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568; 24 F.T.R. 24 (T.D.); affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*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; 2002 SCC 1; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "injury".  
Cohen, Stanley. *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*, Markham: LexisNexis Canada, 2005.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246 (quant aux faits).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [1997] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.); *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39 (H.C. Aust.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « injury ».  
Cohen, Stanley. *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*, Markham : LexisNexis Canada, 2005.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, Ottawa: The Commission, 2006. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. I, Ottawa: The Commission, 2006. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Ruling on Confidentiality*, July 29, 2004. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

*Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2nd printing. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, “préjudice”, “préjudiciable”.

Forcese, Craig. “Through a Glass Darkly: The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963.

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “injury”.

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1992. “préjudice”, “préjudiciable”.

APPLICATION under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. Application allowed in part.

APPEARANCES:

*Alain Préfontaine* for applicant.  
*Paul J. J. Cavalluzzo, Veena Verma* and *Ronald George Atkey* for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.  
*Lorne Waldman* and *Marlys A. Edwardh* for respondent Maher Arar.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
 Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar,

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar: Analyse et recommandations*, Ottawa : La Commission, 2006. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, vol. I, Ottawa : La Commission, 2006. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Décision relative à la confidentialité*, 29 juillet 2004. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

*Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> tirage. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, « préjudice », « préjudiciable ».

Forcese, Craig. “Through a Glass Darkly : The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963.

*Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1989, « injury ».

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1992. « préjudice », « préjudiciable ».

DEMANDE présentée en application de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU :

*Alain Préfontaine* pour le demandeur.  
*Paul J. J. Cavalluzzo, Veena Verma* et *Ronald George Atkey* pour la défenderesse la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.  
*Lorne Waldman* et *Marlys A. Edwardh* pour le défendeur Maher Arar.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
 Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar,

Ottawa, for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.

*Waldman & Associates*, Toronto, for respondent Maher Arar.

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

[1] NOËL J.: This is an application by the Attorney General of Canada pursuant to section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(7)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) for an order by the Federal Court prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report, issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (Commission or Inquiry), on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. This is the public judgment. A twin *ex parte (in camera)* judgment has also been issued today. In the *ex parte (in camera)* judgment, I have applied the principles which are explained in this judgment to the particular factual situation of the file.

#### 1. Background and Facts

##### (A) Establishing the Inquiry

[2] Maher Arar is a Canadian citizen, who was never charged with any criminal offence in Canada, the United States, or Syria. On September 26, 2002, while transiting through John F. Kennedy International Airport in New York, Mr. Arar was arrested and detained by American officials for 12 days. He was then removed against his will to Syria, the country of his birth. Mr. Arar was imprisoned in Syria for nearly one year, where he was interrogated, tortured, and held in degrading and inhuman conditions. On October 5, 2003, Mr. Arar returned to Canada. These events attracted a great deal of media attention, including concerns about the role Canadian officials may have played in Mr. Arar's detention in the United States, his removal to Syria, and his imprisonment and treatment while in Syria.

Ottawa, pour la défenderesse la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le défendeur Maher Arar.

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

[1] LE JUGE NOËL : Le procureur général du Canada sollicite, en application de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(7)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC), une ordonnance de la Cour fédérale interdisant la divulgation de certaines portions expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (la Commission ou l'Enquête), au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Il s'agit ici du jugement public. Un jugement parallèle *ex parte* (à huis clos) a également été rendu aujourd'hui. Dans ledit jugement, j'ai appliqué aux faits particuliers du dossier les principes qui sont expliqués dans le présent jugement.

#### 1. Le contexte et les faits

##### A) Lancement de l'Enquête

[2] Maher Arar est un citoyen canadien qui n'a jamais été accusé d'une infraction criminelle au Canada, aux États-Unis ou en Syrie. Le 26 septembre 2002, alors qu'il transitait par l'aéroport international John F. Kennedy à New York, M. Arar a été arrêté et détenu par des fonctionnaires américains durant 12 jours. Il a ensuite été expulsé, contre son gré, vers la Syrie, son pays d'origine. M. Arar a été emprisonné en Syrie durant près de un an, période durant laquelle il fut interrogé, torturé et détenu dans des conditions dégradantes et inhumaines. Le 5 octobre 2003, M. Arar est revenu au Canada. Cette affaire a été largement commentée par les médias et a suscité des interrogations sur le rôle qu'avaient pu jouer les fonctionnaires canadiens dans la détention de M. Arar aux États-Unis, dans son expulsion vers la Syrie, ainsi que dans son incarcération en Syrie et dans le traitement qu'il a subi durant cette période.

[3] On February 5, 2004, the Governor in Council adopted Order in Council P.C. 2004-48 (Terms of Reference) on recommendation of the Deputy Prime Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. The Terms of Reference established the public Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The Honourable Dennis O'Connor, Associate Chief Justice of Ontario, was appointed Commissioner and was given a dual mandate: (a) to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to the deportation and detention of Maher Arar (Factual Inquiry); and (b) to recommend an independent review mechanism for the RCMP's national security activities (Policy Review). By subsequent Order in Council dated February 12, 2004, the Inquiry was added to the schedule of the CEA which lists entities who can receive information injurious to international relations, national defence, or national security without having to provide notice to the Attorney General under section 38.01 [as enacted *idem*, s. 43] of the CEA.

[4] It is important to note that this application relates only to the public report outlining the Commissioner's findings in the Factual Inquiry.

#### (B) Mandate of the Commissioner

[5] In the words of Justice Cory, writing for the majority of the Supreme Court in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 62, the purpose and the significance of a commission of inquiry is the following:

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an

[3] Le 5 février 2004, après recommandation de la vice-première ministre et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 2004-48 (mandat). Le mandat établissait une commission publique d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. L'honorable Dennis O'Connor, juge en chef adjoint de l'Ontario, fut nommé commissaire. Son mandat était double : a) enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de Maher Arar (l'enquête sur les faits); et b) formuler des recommandations sur la création d'un mécanisme d'examen indépendant des activités de la Gendarmerie royale du Canada liées à la sécurité nationale (l'examen de la politique). Par décret ultérieur en date du 12 février 2004, l'Enquête fut ajoutée à l'annexe de la LPC, où sont énumérées les entités qui peuvent recevoir des renseignements susceptibles de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, sans devoir en informer le procureur général comme le requiert l'article 38.01 [édicte, *idem*, art. 43] de la LPC.

[4] Il importe de noter que la présente demande ne concerne que le rapport public exposant les conclusions du commissaire dans l'enquête sur les faits.

#### B) Mandat du commissaire

[5] Le juge Cory, s'exprimant pour les juges majoritaires dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, décrivait ainsi, au paragraphe 62, l'objet et l'intérêt d'une commission d'enquête :

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la « vérité », en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient

important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

[6] The Commission's Terms of Reference in respect to the Factual Inquiry required the Commissioner:

(a) to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to Maher Arar, including with regard to

- (i) the detention of Mr. Arar in the United States,
- (ii) the deportation of Mr. Arar to Syria via Jordan,
- (iii) the imprisonment and treatment of Mr. Arar in Syria,
- (iv) the return of Mr. Arar to Canada, and
- (v) any other circumstances directly related to Mr. Arar that the Commissioner considers relevant to fulfilling this mandate.

[7] In order to allow the Commissioner to successfully complete his mandate, the Terms of Reference gave him broad powers over the rules of procedure which would govern the Inquiry. Among the most important parameters for the Commission were the following:

(e) the Commissioner be authorized to adopt any procedures and methods that he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry, and to sit at any times and in any places in Canada that he may decide;

(f) the Commissioner be authorized to grant to any person who satisfies him that he or she has a substantial and direct interest in the subject-matter of the factual inquiry an opportunity during that inquiry to give evidence and to examine or cross-examine witnesses personally or by counsel on evidence relevant to the person's interest;

un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

[6] Le mandat de la Commission au regard de l'enquête sur les faits imposait au commissaire :

a) de faire enquête et de faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (l'enquête sur les faits), notamment en ce qui concerne :

- (i) la détention de M. Arar aux États-Unis,
- (ii) son expulsion vers la Syrie via la Jordanie,
- (iii) son emprisonnement et le traitement qu'il a subi en Syrie,
- (iv) son retour au Canada,
- (v) toute autre question directement liée à M. Arar que le commissaire juge utile à l'accomplissement de son mandat.

[7] Pour permettre au commissaire de remplir pleinement ses fonctions, le mandat lui conférerait de larges pouvoirs sur les règles de procédure qui allaient régir l'Enquête. Parmi les paramètres les plus importants que devait suivre la commission, il y avait les suivants :

e) que le commissaire soit autorisé à adopter les procédures et méthodes qui lui paraîtront indiquées pour la conduite de l'enquête et à siéger aux moments et aux endroits au Canada qu'il jugera opportuns;

f) que le commissaire soit autorisé à donner à la personne qui le convainc qu'elle a un intérêt direct et réel dans l'objet de l'enquête sur les faits la possibilité, au cours de celle-ci, de témoigner ou d'interroger et de contre-interroger tout témoin, personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat, à l'égard de la preuve l'intéressant;

...

[...]

(k) the Commissioner be directed, in conducting the inquiry, to take all steps necessary to prevent disclosure of information that, if it were disclosed to the public, would, in the opinion of the Commissioner, be injurious to international relations, national defence or national security and, where applicable, to conduct the proceedings in accordance with the following procedures, namely,

(i) on the request of the Attorney General of Canada, the Commissioner shall receive information in camera and in the absence of any party and their counsel if, in the opinion of the Commissioner, the disclosure of that information would be injurious to international relations, national defence or national security,

(ii) in order to maximize disclosure to the public of relevant information, the Commissioner may release a part or a summary of the information received in camera and shall provide the Attorney General of Canada with an opportunity to comment prior to its release, and

(iii) if the Commissioner is of the opinion that the release of a part or a summary of the information received in camera would provide insufficient disclosure to the public, he may advise the Attorney General of Canada, which advice shall constitute notice under section 38.01 of the Canada Evidence Act;

(l) the Commissioner be directed, with respect to the preparation of any report intended for release to the public, to take all steps necessary to prevent the disclosure of information that, if it were disclosed to the public, would, in the opinion of the Commissioner, be injurious to international relations, national defence or national security;

[8] The Terms of Reference ensured that the Commissioner would have access to all information he deemed necessary to fully investigate the events surrounding the Maher Arar affair, while guaranteeing that information injurious to international relations, national defence or national security would not be disclosed without prior authorization from the Government. In particular, section (k) of the Terms of Reference establishes how the Commission is to handle information that is subject to national security confidentiality.

[9] In a July 29, 2004 ruling on confidentiality, the Commissioner determined that he would apply

k) que le commissaire reçoive instruction de prendre, au cours de l'enquête, les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales et, s'il y a lieu, de tenir les audiences conformément à la procédure suivante :

(i) à la demande du procureur général du Canada, le commissaire reçoit à huis clos et en l'absence de toute personne qu'il désigne les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales,

(ii) afin de maximiser la diffusion de renseignements pertinents pour le public, le commissaire peut diffuser une partie des renseignements communiqués pendant la partie de l'audience tenue à huis clos, ou un résumé de ceux-ci, après avoir avisé le procureur général du Canada et lui avoir donné l'occasion d'émettre ses commentaires,

(iii) si le commissaire est d'avis que les renseignements diffusés aux termes du sous-alinéa (ii) sont insuffisants pour le public, il peut en aviser le procureur général du Canada, l'avis étant réputé un avis prévu à l'article 38.01 de la Loi sur la preuve au Canada;

l) que le commissaire reçoive instruction de rédiger tout rapport destiné au public en prenant les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales;

[8] En application du mandat qui lui était assigné, le commissaire avait accès à tous les renseignements qu'il jugerait nécessaire pour enquêter pleinement sur les événements entourant l'affaire Maher Arar, mais les renseignements pouvant préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale ne seraient pas divulgués sauf autorisation préalable du gouvernement. Plus précisément, l'alinéa k) du mandat précise la manière dont la Commission allait gérer les renseignements devant rester secrets pour raison de sécurité nationale.

[9] Par décision du 29 juillet 2004 relative aux renseignements confidentiels, le commissaire faisait

the same test that a reviewing judge would apply under subsection 38.06(2) [as enacted *idem*] of the CEA when making determinations as to whether information for which national security confidentiality is claimed should be disclosed under section (k) of the Terms of Reference. At page 16 of the ruling [*Ruling on Confidentiality*, 29/07/04] the Commissioner wrote (ruling is available online at <<http://www.ararcommission.ca>>):

... I am of the view that the process set out in the Terms of Reference [section (k)] contemplates that I should, at this stage, apply the same test that a reviewing judge would apply under s. 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*.

The Government did not apply for a judicial review of the Commissioner's July 29, 2004 ruling.

#### (C) Protection of Sensitive Information

[10] The Commissioner developed and published Rules of Procedure and Practice (Rules), as per his power under section (e) of the Terms of Reference. The Rules addressed in detail the process for receiving evidence subject to national security confidentiality claims. According to the Rules, the Commissioner was to convene an *in camera* hearing to hear all evidence over which the Government asserted a national security confidentiality claim. After hearing all evidence *in camera*, the Commissioner would periodically rule as to the validity of the national security confidentiality claim asserted. As stated above, such determinations were made by applying the same test that a reviewing judge would apply under subsection 38.06(2) of the CEA.

[11] The Rules also provided that the Commissioner could appoint an independent legal counsel to act as *amicus curiae* during the *in camera* hearings so as to test, in an adversarial manner, the Government's national security confidentiality claims. The Commissioner appointed the Honourable Ron Atkey to be the *amicus curiae* given his expertise in national security matters and due to the fact that he served as a federal Minister of Employment and Immigration and as

savoir qu'il appliquerait le critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*] de la LPC lorsqu'il serait appelé à dire si des renseignements prétendument confidentiels pour raison de sécurité nationale devraient ou non être divulgués en application de l'alinéa k) du mandat. À la page 16 de la décision [*Décision relative à la confidentialité*, 29-07-04, le commissaire écrivait ce qui suit (la décision est accessible en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.ararcommission.ca>>) :

[...] j'estime que la procédure présentée dans le Mandat [alinéa k)] envisage que je devrais, à ce stade, appliquer le même critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le gouvernement n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de la décision du 29 juillet 2004 du commissaire.

#### C) Protection des renseignements sensibles

[10] Le commissaire a élaboré et publié des règles de fonctionnement (les règles), en application du pouvoir que lui conférait l'alinéa e) du mandat. Les règles exposaient en détail la méthode à suivre pour la recevabilité de preuves dont la nature secrète serait alléguée pour raison de sécurité nationale. Selon les règles, le commissaire devait convoquer une audience à huis clos pour entendre tous les témoignages à l'égard desquels le gouvernement alléguait la confidentialité pour raison de sécurité nationale. Après l'audition de tous les témoignages à huis clos, le commissaire devait statuer périodiquement sur la validité de l'argument alléguant le caractère confidentiel d'une preuve pour raison de sécurité nationale. Comme je l'ai dit plus haut, le commissaire allait rendre les décisions de ce genre en appliquant le critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) de la LPC.

[11] Les règles prévoyaient aussi que le commissaire pouvait nommer un conseiller juridique indépendant qui agirait en qualité d'*amicus curiae* au cours des audiences à huis clos, pour étudier, dans un contexte contradictoire, les arguments du gouvernement selon lesquels telle ou telle preuve devait être tenue confidentielle pour raison de sécurité nationale. Le commissaire a nommé M. Ron Atkey à titre d'*amicus curiae*, à cause de son expérience étendue des questions

Chair of the Security Intelligence Review Committee (SIRC). Mr. Atkey was assisted by Mr. Gordon Cameron, who also has an expertise in national security matters having served for more than 10 years as outside counsel for SIRC. It must also be noted that Mr. Atkey was one of the Commissioner's counsel in the present application.

[12] After presiding over hearings where government witnesses testified as to the validity of the national security claims, the Commission also heard evidence from Mr. Reid Morden, a former Director of CSIS [Canadian Security Intelligence Service] and a former Deputy Minister of the Department of Foreign Affairs, who has experience dealing with issues of national security confidentiality. Mr. Morden was retained as an expert advisor and witness to assist the Commissioner with disclosure decisions. In carrying out his duties, Mr. Morden reviewed the information over which the Government claimed national security confidentiality and the reasons why such confidentiality was claimed, and then testified as to the potential injurious consequences (if any) the disclosure of this information could have.

[13] After the Commissioner's main evidentiary hearing concluded, Government counsel engaged in a series of discussions with the Commissioner in regards to the information that the Commissioner might wish to include in the Factual Inquiry report. These discussions resolved the vast majority of the disputes as to what information could not be disclosed for reasons of national security confidentiality. Nonetheless, after these discussions there remained certain passages which the Government maintained were not to be disclosed due to national security confidentiality but that the Commissioner insisted must be disclosed to the public. These passages were reviewed by senior government officials, including several deputy ministers, which resulted in the Government authorizing the disclosure of certain passages, notwithstanding the potential injury of

de sécurité nationale, et en raison du fait qu'il avait occupé la charge de ministre fédéral de l'Emploi et de l'Immigration et celle de président du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS). M. Atkey était assisté de M. Gordon Cameron, qui lui aussi a une expérience étendue des questions de sécurité nationale, puisqu'il a été durant plus de 10 ans un avocat externe du CSARS. Il convient aussi de noter que M. Atkey était l'un des avocats du commissaire dans la présente demande.

[12] Après avoir présidé des audiences au cours desquelles des témoins du gouvernement se sont exprimés sur la validité des allégations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale, la Commission a aussi entendu le témoignage de M. Reid Morden, un ancien directeur du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] et ancien sous-ministre des Affaires étrangères, qui connaît bien tout ce qui concerne les questions de confidentialité au titre de la sécurité nationale. M. Morden a été engagé comme conseiller et témoin expert chargé d'aider le commissaire dans les décisions touchant la divulgation. Dans l'accomplissement de ses tâches, M. Morden a passé en revue les renseignements dont le gouvernement affirmait le caractère confidentiel pour raison de sécurité nationale, ainsi que les motifs allégués à l'appui du caractère confidentiel de tels renseignements, puis il a témoigné sur les possibles conséquences préjudiciables que risquait d'entraîner la divulgation de tels renseignements.

[13] À la suite de la principale audience convoquée par le commissaire pour recueillir les témoignages, l'avocat du gouvernement a engagé une série de pourparlers avec le commissaire à propos des renseignements que le commissaire pourrait souhaiter inclure dans le rapport d'enquête sur les faits. Ces pourparlers ont permis de résoudre la grande majorité des contestations portant sur les renseignements qui ne pouvaient pas être divulgués pour raison de sécurité nationale. Néanmoins, après lesdits pourparlers, il restait certains passages qui, affirmait le gouvernement, devaient être soustraits à la divulgation pour raison de sécurité nationale, mais qui, insistait le commissaire, devaient être révélés au public. Ces passages ont été examinés par de hauts fonctionnaires du gouvernement, notamment plusieurs sous-ministres, ce qui a conduit le

such disclosure. The ministers were then briefed on the remaining protected passages, and the ministers decided not to authorize their disclosure, regardless of the fact that the Commissioner was of the opinion that their disclosure was in the public interest and was necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair. As it stands approximately 99.5% of the public report has been disclosed to the public, and only the release of about 1500 words is contested.

[14] In the public report, the passages the Government claims should be protected are designated by [\*\*\*], regardless of whether the designation replaces one word, one sentence or one paragraph. The decision to use this designation was made by the Government, but controversy has arisen as in the past the Government has chosen to black out text containing sensitive information, including during the Inquiry when the Government chose to black out sensitive information contained in their public exhibits.

[15] It is also important to note that the Commissioner declared himself satisfied with the content of the public report. He stated in different passages throughout the public report that he was satisfied with the results of the Factual Inquiry, notwithstanding the expurgated 1500 words. He stated that the report permits a good understanding of what happened to Mr. Arar. At page 10 of the *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, volume of the public report, the Commissioner wrote:

The Factual Inquiry process was thorough and comprehensive, and I am satisfied that I have been able to examine all the Canadian information relevant to the mandate. ... The process was complex because of the need to keep some of the relevant information confidential, to protect national security and international relations interests.... However, I am pleased to say that I am able to make public all of my conclusions and recommendations, including those based on *in camera* evidence.

At pages 11-12 of the *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Volume I,

gouvernement à autoriser la divulgation de certains passages, nonobstant les conséquences préjudiciables possibles d'une telle divulgation. Les ministres ont ensuite été mis au fait des passages expurgés restants, et ils ont décidé de ne pas autoriser leur divulgation, bien que le commissaire fût d'avis que leur divulgation était conforme à l'intérêt public et restait nécessaire pour une description objective des faits entourant l'affaire Arar. Pour l'heure, environ 99,5 p. 100 du rapport public ont été révélés au public, et seule la communication d'environ 1 500 mots est contestée.

[14] Dans le rapport public, les passages qui d'après le gouvernement doivent être soustraits à la divulgation sont désignés par [\*\*\*], sans égard au fait que la désignation puisse remplacer un mot, une phrase ou un paragraphe. La décision d'utiliser cette désignation a été prise par le gouvernement, mais cela a déclenché une polémique, car par le passé le gouvernement a jugé bon de masquer des textes renfermant des renseignements sensibles, notamment durant l'Enquête, au cours de laquelle le gouvernement avait décidé de masquer des renseignements sensibles contenus dans ses pièces publiques.

[15] Il importe aussi de noter que le commissaire s'est déclaré satisfait du contenu du rapport public. Il écrivait à divers endroits du rapport public qu'il était satisfait des conclusions de l'enquête sur les faits, et cela malgré l'expurgation des 1 500 mots. Il écrivait que le rapport donnait une bonne idée des épreuves qu'avait traversées M. Arar. À la page 10 du volume du rapport public intitulé *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, le commissaire écrivait ce qui suit :

Le processus d'enquête sur les faits a été exhaustif et approfondi, et je suis convaincu d'avoir été capable d'examiner toute l'information canadienne pertinente dans le cadre du mandat [...] Le processus était compliqué à cause de la nécessité de garder confidentielle une partie de l'information pertinente pour protéger les intérêts touchant la sécurité nationale et les relations internationales [...] Toutefois, je suis heureux d'indiquer que je suis capable de publier toutes mes conclusions et recommandations, y compris celles qui sont fondées sur la preuve entendue durant les audiences à huis clos.

Aux pages 11 et 12 du volume I intitulé *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, le

the Commissioner makes the following unequivocal statement:

A good deal of evidence in the Inquiry was heard in closed, or *in camera*, hearings, but a significant amount of this *in camera* evidence can be discussed publicly without compromising national security confidentiality. For that reason, this Report contains a more extensive summary of the evidence than might have been the case in a public inquiry in which all of the hearings were open to the public and all transcripts of evidence are readily available. While some evidence has been left out to protect national security and international relations interests, the Commissioner is satisfied that this edited account does not omit any essential details and provides a sound basis for understanding what happened to Mr. Arar, as far as can be known from official Canadian sources.

Finally, it should be noted that there are portions of this public version that have been redacted on the basis of an assertion of national security confidentiality by the Government that the Commissioner does not accept. This dispute will be finally resolved after the release of this public version. Some or all of this redacted information may be publicly disclosed in the future after the final resolution of the dispute between the Government and the Commission. [Emphasis added; footnotes omitted.]

Furthermore, at page 304 of the Analysis and Recommendations volume, the Commissioner wrote:

The Inquiry is now complete and I am comfortable that, in the end, I was able to get to the bottom of the issues raised by the mandate, as I had access to all the relevant material, regardless of any NSC claims. In this report, I have disclosed additional information that was not available for the public hearings.

#### (D) Commissioner's Notice to Disclose

[16] The Commission prepared two different reports at the conclusion of the Factual Inquiry: an *in camera* report, which includes sensitive information which may be injurious to international relations, national defence or national security; and a public report, which was released on September 18, 2006. As discussed above, the Government took issue with some of the information contained within the public report, and as a result chose to redact certain portions of it on the basis that the release of these portions of the report would cause injury to Canada's international relations, national defence, or national security.

commissaire fait l'affirmation suivante, qui est sans équivoque :

Une bonne part des témoignages recueillis durant l'enquête ont été reçus lors d'audiences à huis clos. Cependant, une importante partie des témoignages à huis clos peut être divulguée en public sans compromettre la confidentialité liée à la sécurité nationale. C'est pourquoi ce rapport contient un résumé plus détaillé des témoignages que ce n'aurait été le cas dans une enquête publique où toutes les audiences sont ouvertes au public et toutes les transcriptions des témoignages sont aisément accessibles. Bien que certains éléments aient été omis pour protéger la sécurité nationale et les intérêts relevant des relations internationales, le commissaire estime que ce compte rendu expurgé n'omet aucun détail essentiel et constitue une bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar, d'après les sources canadiennes officielles.

Enfin, il faut noter que certaines portions de cette version publique ont été expurgées à la demande du gouvernement pour des raisons de confidentialité liées à la sécurité nationale que le commissaire n'accepte pas. Ce différend sera réglé de façon définitive après la publication de cette version publique. L'information expurgée pourra être divulguée à l'avenir, en tout ou en partie, après le règlement final du différend entre le gouvernement et la Commission. [Non souligné dans l'original; notes de bas de pages omises.]

Par ailleurs, à la page 328 du volume intitulé Analyse et recommandations, le commissaire écrivait ce qui suit :

La Commission d'enquête a maintenant terminé ses travaux et je suis confiant d'avoir été en mesure d'aller au fond des questions soulevées par le mandat, puisque j'ai eu accès à tous les documents pertinents malgré les réclamations CSN. Dans le présent rapport, j'ai divulgué de l'information qui n'était pas disponible lors des audiences publiques.

#### D) Avis de communication du commissaire

[16] La Commission a rédigé deux rapports distincts après la conclusion de l'enquête sur les faits : un rapport confidentiel, qui comprend des renseignements sensibles pouvant être préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; et un rapport public, qui a été diffusé le 18 septembre 2006. Comme je l'écris plus haut, le gouvernement n'était pas d'accord avec quelques-uns des renseignements contenus dans le rapport public et il a donc décidé d'expurger certaines portions du rapport au motif que la divulgation desdites portions du rapport causerait un préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale du Canada.

[17] On September 18, 2006 the Commissioner sent the public report, detailing the findings of the Factual Inquiry, to the Privy Council. With the report, the Commissioner included a letter to the clerk of the Privy Council stating that the information redacted from the report is information that can be disclosed to the public and is necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair. In response the Government filed the present application, pursuant to section 38.04 of the CEA, asking the Court to prohibit the disclosure of the redacted portions of the public report on the basis that they contain information that if disclosed would be injurious to international relations, national defence or national security.

[18] On September 26, 2006, the Senior Assistant Deputy Minister of Justice informed the Commissioner that the Attorney General had received notice, pursuant to subsection 38.02(1.1) [as enacted *idem*] of the CEA, that sensitive or potentially injurious information may be disclosed in connection with the Inquiry and “accordingly, the Commissioner, having provided notice on September 18, 2006, is free to disclose the information after 10 days has elapsed” (application record of the Attorney General, affidavit of Simon Fothergill, Exhibit C, page 30).

[19] The same day, the Deputy Attorney General wrote to the Commissioner informing him that the Government was bringing an application to the Federal Court, pursuant to section 38.04 of the CEA, for an order prohibiting the Commission from disclosing the redacted information.

## 2. Procedural Overview

[20] On December 6, 2006, the Attorney General filed the present application with the Federal Court, pursuant to section 38.04 of the CEA, seeking to prohibit the disclosure of the redacted portions of the Commissioner’s public report.

[21] In accordance with section 38.11 [as enacted *idem*] of the CEA the entire application record was initially private. On December 20, 2006, Chief Justice

[17] Le 18 septembre 2006, le commissaire envoyait au Conseil privé le rapport public, en détaillant les conclusions de l’enquête sur les faits. Le commissaire joignait au rapport une lettre adressée au greffier du Conseil privé, dans laquelle il écrivait que les renseignements expurgés du rapport étaient des renseignements qui pouvaient être communiqués au public et qui étaient nécessaires pour une description objective des faits entourant l’affaire Arar. Le gouvernement a réagi en déposant la présente demande, en application de l’article 38.04 de la LPC, demande dans laquelle il prie la Cour d’interdire la divulgation des portions expurgées du rapport public, au motif qu’elles renferment des renseignements qui, s’ils sont divulgués, risquent de préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[18] Le 26 septembre 2006, le sous-ministre adjoint principal de la Justice informait le commissaire que le procureur général avait reçu avis, conformément au paragraphe 38.02(1.1) [édicte, *idem*] de la LPC, que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables allaient sans doute être divulgués dans le cadre de l’Enquête et que [TRADUCTION] « en conséquence, le commissaire, ayant signifié un avis en ce sens le 18 septembre 2006, est libre de divulguer les renseignements à l’expiration d’un délai de 10 jours » (dossier de demande du procureur général, affidavit de Simon Fothergill, pièce C, page 30).

[19] Le même jour, le sous-procureur général écrivait au commissaire pour l’informer que le gouvernement s’apprêtait à déposer une demande devant la Cour fédérale, en application de l’article 38.04 de la LPC, afin d’obtenir une ordonnance interdisant à la Commission de divulguer les renseignements expurgés.

## 2. Survol de la procédure

[20] Le 6 décembre 2006, le procureur général a déposé la présente demande auprès de la Cour fédérale, en vertu de l’article 38.04 de la LPC, afin d’interdire la divulgation des portions expurgées du rapport public du commissaire.

[21] Conformément à l’article 38.11 [édicte, *idem*] de la LPC, le dossier de demande tout entier était au départ de nature confidentielle. Le 20 décembre 2006, le juge

Lutfy, with the consent of the Attorney General, made an order allowing some documents in the case to be made public. It is to be noted that unlike most other cases dealing with issues under section 38 [as am. *idem*, s. 43, 141(4)] of the CEA one of the respondents (the Commission) has had access to the entire record and has participated in all *in camera* proceedings, as the Commission's counsel had access to all the information at issue during the Inquiry. Thus, only the respondent Maher Arar was denied access to the "private" materials and was excluded from the *in camera* hearing.

[22] On February 5, 2007, Chief Justice Lutfy rendered his decision in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.) (*Toronto Star*). In his decision the Chief Justice looked to the Supreme Court's decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, where provisions similar to section 38.11 of the CEA contained in the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 were found to be constitutionally overbroad. In his decision, the Chief Justice concluded that the provisions requiring section 38 of the CEA applications be heard in private violated paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), and could not be saved by section 1 of the Charter. More specifically, Chief Justice Lutfy found that the combined effect of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA violated the open court principle which is enshrined under paragraph 2(b) of the Charter, and that this violation could not be saved by section 1 (*Toronto Star*, at paragraphs 39, 70-72). The Chief Justice determined that the appropriate remedy to this Charter violation would be to read down the impugned sections of the CEA so that these sections apply only to the *ex parte* submissions provided for in subsection 38.11(2) of the CEA (*Toronto Star*, at paragraph 83). Given this decision, the content of this application's "private" file was reviewed and documents which could be classified as "public" became part of the public file, while sensitive information and documents remained part of the *ex parte* (*in camera*) file.

en chef Lutfy, avec l'assentiment du procureur général, a rendu une ordonnance autorisant la publication de certains documents versés dans le dossier. Il convient de noter que, contrairement à la plupart des autres affaires faisant intervenir l'article 38 [mod., *idem*, art. 43, 141(4)] de la LPC, l'un des défendeurs (la Commission) a eu accès à l'intégralité du dossier et a participé à toutes les procédures à huis clos, puisque l'avocat de la Commission avait accès à tous les renseignements en cause au cours de l'Enquête. Ainsi, seul le défendeur Maher Arar s'est vu refuser l'accès aux documents « confidentiels » et a été exclu de l'audience tenue à huis clos.

[22] Le 5 février 2007, le juge en chef Lutfy a rendu son jugement dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (le jugement *Toronto Star*). Dans son jugement, le juge en chef s'est référé à un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, où des dispositions semblables à l'article 38.11 de la LPC, contenues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, furent jugées d'une portée excessive sur le plan constitutionnel. Dans son jugement, le juge en chef a conclu que les dispositions selon lesquelles les demandes au titre de l'article 38 de la LPC doivent être instruites à huis clos contrevenaient à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et qu'elles ne pouvaient pas être justifiées par l'article premier de la Charte. Plus précisément, le juge en chef Lutfy estimait que l'effet combiné des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC constituait une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, principe inscrit dans l'alinéa 2b) de la Charte, et que cette atteinte ne pouvait pas être justifiée par l'article premier (jugement *Toronto Star*, aux paragraphes 39 et 70 à 72). Selon le juge en chef, le redressement qui s'impose pour corriger cette atteinte à la Charte consisterait à donner une interprétation atténuante des dispositions contestées de la LPC, de façon à ce qu'elles ne s'appliquent qu'aux observations *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC (jugement *Toronto Star*, au paragraphe 83). En conséquence de ce jugement, le contenu du dossier

[23] On April 30, 2007, the Court heard a full day of public submissions in this matter. Subsequently, numerous days of *ex parte (in camera)* (excluding the respondent Maher Arar and his counsel) submissions were held.

[24] Following a request from the Court to review the *ex parte (in camera)* affidavits filed in the case given the decision and the approach taken by Chief Justice Lutfy in *Toronto Star*, on May 10, 2007 counsel for the Attorney General wrote to inform the Court that the Attorney General and the Commission had consented to the disclosure of five *ex parte (in camera)* affidavits, if portions of these remained redacted. Consequently, on May 14, 2007 the Court publicly released redacted versions of some of the *ex parte (in camera)* affidavits, namely those of Mr. Reid Morden, Chief Superintendent Richard Evans, Mr. Geoffrey O'Brian, X (an anonymous RCMP official), and Mr. Daniel Livermore. These affidavits became part of the public file. The contents of these affidavits are discussed in the "Analysis" section of this judgment.

[25] In response to the release of these affidavits, the Court scheduled a public hearing on the morning of May 23, 2007 to allow the respondent, Maher Arar, to make submissions on the released affidavits. Following this hearing, the *ex parte (in camera)* hearing was resumed. The *ex parte (in camera)* hearing concluded this same day.

[26] I also note that I asked counsel for both parties to address whether the Commission's *in camera* report, which was submitted to the Privy Council, should be made available to the Court. The parties agreed to this request and the Commission's *in camera* report was made available to the Court.

« privé » de la présente demande a été revu, et les documents qui pouvaient être classifiés comme documents « publics » sont devenus partie du dossier public, tandis que les renseignements et documents sensibles sont demeurés dans un dossier *ex parte* (à huis clos).

[23] Le 30 avril 2007, la Cour a consacré la journée tout entière à l'audition d'observations publiques dans cette affaire. Par la suite, de nombreuses journées ont été consacrées à la présentation d'observations *ex parte* (à huis clos) (en l'absence du défendeur Maher Arar et de son avocat).

[24] Après que la Cour eut demandé que soient réexaminés les affidavits *ex parte* (à huis clos) déposés dans l'affaire, vu le jugement rendu et l'approche adoptée par le juge en chef Lutfy dans l'affaire *Toronto Star*, l'avocat du procureur général a écrit à la Cour le 10 mai 2007 pour l'informer que le procureur général et la Commission avaient consenti à la divulgation de cinq affidavits *ex parte* (à huis clos), si certains passages de ces cinq affidavits demeuraient expurgés. Le 14 mai 2007, la Cour a donc procédé à la communication publique des versions expurgées de certains des affidavits *ex parte* (à huis clos), à savoir celui de M. Reid Morden, celui du surintendant principal Richard Evans, celui de M. Geoffrey O'Brian, celui de X (un représentant anonyme de la GRC), et celui de M. Daniel Livermore. Ces affidavits sont devenus partie du dossier public. Leur contenu est examiné dans la section « Analyse » du présent jugement.

[25] En réponse à la communication de ces affidavits, la Cour a convoqué une audience publique le matin du 23 mai 2007 pour permettre au défendeur, Maher Arar, de faire des représentations sur les affidavits ainsi communiqués. Après cette audience, l'audience *ex parte* (à huis clos) a repris. Elle a pris fin ce même jour.

[26] Je mentionne également que j'ai prié les avocats des deux parties de dire si le rapport confidentiel de la Commission, qui fut présenté au Conseil privé, devrait être mis à la disposition de la Cour. Les parties ont accédé à cette requête, et le rapport confidentiel de la Commission a été mis à la disposition de la Cour.

[27] As stated earlier, I have chosen to write both a public and an *ex parte* (*in camera*) decision in this matter. The public decision will deal with the general principles at issue in this application whereas the *ex parte* (*in camera*) decision will apply the principles elaborated in the public decision to the specific information at issue in this application.

### 3. Legislative Framework (The Judicial Test to be Met)

[28] For the sake of completeness and for reference purposes, I have reproduced below the sections of the CEA which are most relevant to the present application [s. 38.02 (as am. *idem*, ss. 43, 141(5)).

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

...

**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);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

[27] Comme je l'ai dit précédemment, j'ai décidé de rédiger dans cette affaire à la fois un jugement public et un jugement *ex parte* (à huis clos). Le jugement public traitera des principes généraux en cause dans la présente demande, tandis que le jugement *ex parte* (à huis clos) appliquera les principes exposés plus en détail dans le jugement public aux renseignements particuliers qui sont en cause dans la présente demande.

### 3. Cadre législatif (le critère judiciaire à observer)

[28] Par souci d'exhaustivité et à des fins de référence, je reproduis ci-après les dispositions de la LPC qui intéressent tout particulièrement la présente demande [art. 38.02 (mod., *idem*, art. 43, 141(5)).

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

[. . .]

**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);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

...

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

...

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

...

**38.06** (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

[ . . . ]

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

[ . . . ]

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

[ . . . ]

**38.06** (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle

or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(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.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

#### 4. Issues

- (A) The Deference Issue
- (B) Some of the Principles and Concepts at Play

#### 5. Analysis

- (A) The Deference Issue

[29] Both respondents submit that the Court should accord deference to the Commissioner's rulings as to what information can be disclosed. The Commission, in

porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(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.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

#### 4. Questions en litige

- A) La question de la retenue judiciaire
- B) Quelques-uns des principes et concepts en jeu

#### 5. Analyse

- A) La question de la retenue judiciaire

[29] Les défendeurs font tous deux valoir que la Cour devrait montrer de la retenue envers les décisions du commissaire pour ce qui concerne les renseignements

its submissions, uses the pragmatic and functional approach to conclude that the Commissioner's findings as to whether certain information can be disclosed, notwithstanding the Government's national security confidentiality claim, should be reviewed on the reasonableness standard.

[30] The Attorney General, for his part, did not directly address the question of deference to the Commissioner in his submissions. However, counsel for the Attorney General did speak to this issue at the public hearing. The Attorney General, in oral submissions, argued that the Commissioner's rulings as to whether the information at issue can be disclosed should be afforded no deference given the wording of the Terms of Reference, the role, the structure of the Commission, and the wording of section 38 of the CEA.

[31] I agree with the Attorney General. The position of the respondents is unpersuasive on this point. The CEA is clear: where the Federal Court is seized with an application to determine whether information can be disclosed under section 38.04, the Court after applying the criteria set out at section 38.06 makes a determination as to whether the information in question should be disclosed. This wording indicates that the Court's role under sections 38.04 and 38.06 of the CEA is to rule on whether particular information can be disclosed. This judicial obligation cannot be delegated. Thus, to accord deference to the Commissioner's findings, as per the respondents' submissions, would result in the Court abdicating its role and judicial obligations under the CEA.

[32] This being said, the jurisprudence is also clear that the Court's role under section 38 of the CEA is not to judicially review a decision to disclose information. As the Federal Court of Appeal wrote in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*) [at paragraph 15]:

It is important to remind ourselves that proceedings initiated pursuant to section 38.04 of the Act for an order

qui peuvent être divulgués. Dans ses arguments, la Commission utilise l'approche pragmatique et fonctionnelle pour dire que les conclusions du commissaire sur la question de savoir si certains renseignements peuvent être divulgués, nonobstant la confidentialité revendiquée par le gouvernement au titre de la sécurité nationale, devraient être revues selon la norme de la décision raisonnable.

[30] Le procureur général, pour sa part, n'a pas directement abordé, dans ses arguments, la question de la retenue judiciaire envers les conclusions du commissaire. Toutefois, l'avocat du procureur général s'est exprimé sur cet aspect lors de l'audience publique. Dans ses arguments verbaux, le procureur général a fait valoir que les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause peuvent être divulgués ne devraient bénéficier d'aucune retenue, étant donné le texte du mandat de la Commission, le rôle de la Commission et sa structure, et enfin le texte de l'article 38 de la LPC.

[31] Je partage l'avis du procureur général. La position des défendeurs n'est pas convaincante sur ce point. La LPC est claire : lorsque la Cour fédérale est saisie d'une demande par laquelle elle est priée de dire si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l'article 38.04, c'est elle qui décide, après application des critères exposés dans l'article 38.06, si les renseignements en cause devraient ou non être divulgués. D'après les articles 38.04 et 38.06 de la LPC, le rôle de la Cour consiste à dire si des renseignements donnés peuvent être divulgués. Cette obligation judiciaire ne peut pas être déléguée. Ainsi, si la Cour devait déférer aux conclusions du commissaire comme le voudraient les défendeurs, cela équivaldrait pour elle à abdiquer son rôle et à se soustraire à ses obligations aux termes de la LPC.

[32] Cela dit, il ressort tout aussi clairement de la jurisprudence que le rôle de la Cour selon l'article 38 de la LPC ne consiste pas à procéder au contrôle judiciaire d'une décision de divulguer des renseignements. Ainsi que l'écrivait la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (arrêt *Ribic*) [au paragraphe 15] :

Il importe de se rappeler que la procédure introduite en application de l'article 38.04 de la Loi pour que soit rendue

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 . . . . [Emphasis added.]

This was also recently affirmed by Justice Mosley in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547 (F.C.), at paragraph 61 (*Khawaja*).

[33] Having said this, the Court is fully aware that the Commission has considered the matters referred to in the Terms of Reference in detail. Moreover, this Court also recognizes that the point of view expressed by the Commissioner in his rulings, and his subsequent reports, are valuable to the decision that has to be made in the present application.

[34] As a general rule, a commission acts independently of the Government when conducting its inquiry and when it subsequently reports its conclusions and recommendations. However, as per paragraph 39(2)(a) of the CEA, a commission's report once filed with the Governor in Council becomes a confidence of the Privy Council. Thus, it is the executive who possesses complete power over whether to make a commission's final report public. Nonetheless, it goes without saying that if the executive chooses not to release a commission's report it would certainly have to account to the Canadian public.

[35] In the situation at hand, the executive, on the advice of the ministers consulted, chose to redact approximately 1500 words from the public report that the Commissioner submitted to the Privy Council. The executive then took steps, under section 38 of the CEA, to obtain an order from this Court prohibiting the disclosure of the redacted passages.

[36] This is the situation that the present application creates. I feel that it is important to reiterate that the Court, contrary to other section 38 applications, had the benefit of assessing the *ex parte* (*in camera*) hearings

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) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi [. . .] [Non souligné dans l'original.]

Ce point a aussi été confirmé récemment par le juge Mosley dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547 (C.F.), au paragraphe 61 (le jugement *Khawaja*).

[33] Pour autant, la Cour est tout à fait consciente que la Commission a examiné en détail les aspects évoqués dans son mandat. Par ailleurs, elle reconnaît aussi que le point de vue exprimé par le commissaire dans ses décisions, tout comme ses rapports ultérieurs, sont précieux pour le jugement qui doit être rendu dans la présente demande.

[34] En règle générale, une commission agit indépendamment du gouvernement lorsqu'elle mène son enquête et lorsqu'elle présente ensuite son rapport sur ses conclusions et recommandations. Toutefois, en application de l'alinéa 39(2)a) de la LPC, le rapport d'une commission, une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, devient un document confidentiel du Conseil privé. C'est donc l'exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s'il convient ou non de rendre public le rapport final d'une commission. Néanmoins, il va sans dire que, si l'exécutif décide de ne pas rendre public le rapport d'une commission, il lui faudra certainement s'en expliquer devant le public canadien.

[35] Dans le cas qui nous intéresse, l'exécutif, agissant sur l'avis des ministres consultés, a décidé d'expurger environ 1 500 mots du rapport public que le commissaire a remis au Conseil privé. L'exécutif a ensuite pris des mesures, en application de l'article 38 de la LPC, pour obtenir de la Cour une ordonnance interdisant la divulgation des passages expurgés.

[36] C'est là la situation à laquelle donne lieu la présente demande. Je crois qu'il est nécessaire de rappeler que la Cour a eu, comme ce n'est pas le cas pour d'autres demandes fondées sur l'article 38,

from different view points given that both the Commission and the Attorney General made submissions at these hearings. The fact that I heard from both the applicant and one of the respondents can be useful in making a decision. Having said that, this Court will now fully assume all of its judicial obligations as prescribed by the CEA.

(B) Some of the Principles and Concepts at Play

(I) The Ribic Three-Part Test

[37] The parties agree that the Court must apply the section 38.06 of the CEA scheme to determine whether disclosure of the information at issue in the present application should be prohibited. The section 38.06 scheme demands that the Court apply a three-step test, which was clarified by the Federal Court of Appeal in *Ribic*, at paragraphs 17-21. The first step of the scheme demands that the party seeking disclosure establish that the information, for which disclosure is sought, is relevant. The second step demands that the Attorney General establish that disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence, or national security. If injury is found to exist, the last step asks the Court to determine whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure, and thus whether the information at issue should be disclosed.

[38] I feel it is important to emphasize that the Federal Court of Appeal's decision in *Ribic* is in no way put in doubt by this decision. All parties are in agreement that the framework established in *Ribic* must be applied to determine whether the information at issue in this application can be disclosed. This being said, the facts giving rise to *Ribic* are very different from the facts in the present application. In the case at hand, we are dealing with a commission of inquiry with a mandate to investigate the actions of Canadian officials in the Arar affair, whereas *Ribic* dealt with how much of the information provided by two witnesses had to be disclosed at a criminal trial. In my view, the interests at stake are different in these two contexts: in the criminal context a person's liberty and security interests are at

l'avantage d'évaluer sous divers angles les audiences *ex parte* (à huis clos), étant donné que la Commission et le procureur général ont tous deux présenté des arguments au cours de telles audiences. J'ai entendu s'exprimer à la fois le demandeur et l'un des défendeurs, et cela peut être utile pour rendre jugement. Cela dit, la Cour accomplira maintenant à tous égards l'intégralité de ses obligations selon la LPC.

B) Quelques-uns des principes et concepts en jeu

I) Le critère en trois volets de l'arrêt Ribic

[37] Les parties reconnaissent que la Cour doit appliquer le régime de l'article 38.06 de la LPC pour savoir s'il est opportun d'interdire la divulgation des renseignements en cause dans la présente demande. Le régime de l'article 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets, qui a été précisé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ribic*, aux paragraphes 17 à 21. Dans un premier temps, la partie qui sollicite la divulgation doit démontrer que les renseignements dont elle souhaite la divulgation sont pertinents. Dans un deuxième temps, le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Et finalement, si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués.

[38] Je crois qu'il est important de souligner que l'arrêt *Ribic* de la Cour d'appel fédérale n'est nullement remis en cause dans le présent jugement. Toutes les parties s'accordent à dire qu'il faut appliquer le cadre établi dans l'arrêt *Ribic* pour savoir si les renseignements en cause dans la présente demande peuvent être divulgués. Cela dit, les faits à l'origine de l'arrêt *Ribic* sont très différents des faits à l'origine de la présente demande. En l'espèce, nous avons affaire à une commission d'enquête dont le mandat est d'enquêter sur les actions de fonctionnaires canadiens dans l'affaire Arar, tandis que, dans l'arrêt *Ribic*, il s'agissait de savoir quels renseignements devaient être divulgués dans un procès criminel parmi ceux qu'avaient fournis deux témoins. À mon avis, les intérêts en jeu sont différents

stake; whereas a commission of inquiry plays a unique and useful role as it undertakes a fact-finding mission to inform Canadians and provide recommendations to the Government regarding a particular situation of crisis so as to restore public confidence in the process of government.

[39] Consequently, I will apply the *Ribic* framework, but will attempt to contextualize it given the particularities giving rise to this application, namely that we are dealing with a public inquiry.

#### (II) The Relevancy of the Redacted Information

[40] The first step of the section 38.06 test demands that the party seeking disclosure establish that the information for which disclosure is sought is “in all likelihood relevant evidence” (*Ribic*, at paragraph 17). The Federal Court of Appeal in *Ribic* specified that the threshold, at this stage, is a low one (*Ribic*, at paragraph 17). The Court went on to say that this first step is a necessary one because if the information is found to be not relevant, the analysis under section 38.06 will come to an end (*Ribic*, at paragraph 17).

[41] I reiterate that contrary to *Ribic*, which was a criminal case, the present application involves a commission of inquiry. In what concerns the Arar Commission, the Terms of Reference provide a detailed procedure on how to deal with protected information. Under the Terms of Reference, the Commission can receive sensitive information under paragraph 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8) of the CEA. Therefore, in the case at hand, the relevancy factor is to be evaluated considering the uniqueness and utility of commissions of inquiry to the government and the public.

[42] As previously explained, the Terms of Reference at paragraph (k) and its subparagraphs give the Commissioner a mandate to ensure the non-disclosure of sensitive information and establish a procedure which must be followed when considering whether information

dans ces deux contextes : dans un procès criminel, c’est le droit d’une personne à la liberté et à la sécurité qui est en jeu, tandis qu’une commission d’enquête joue un rôle exceptionnel et utile car elle cherche à établir des faits afin d’informer le public et de présenter des recommandations au gouvernement à propos d’une situation de crise, pour ainsi rétablir la confiance du public dans l’action gouvernementale.

[39] Par conséquent, j’appliquerai le critère de l’arrêt *Ribic*, tout en m’efforçant de l’adapter au contexte, étant donné les particularités de la présente demande, c’est-à-dire que ce à quoi nous avons affaire ici, c’est une enquête publique.

#### (II) La pertinence des renseignements expurgés

[40] Le premier volet du critère de l’article 38.06 oblige la partie qui sollicite la divulgation des renseignements à prouver que les renseignements en cause sont « très probablement des éléments de preuve pertinents » (*Ribic*, au paragraphe 17). Selon la Cour d’appel fédérale, il s’agissait là, à ce stade, d’un seuil de faible niveau (*Ribic*, au paragraphe 17). Puis la Cour d’appel écrivait que cette première étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, l’analyse prévue par l’article 38.06 prendra fin (*Ribic*, au paragraphe 17).

[41] Je rappelle que, contrairement à l’affaire *Ribic*, qui était un procès criminel, la présente demande concerne une commission d’enquête. Pour ce qui intéresse la Commission Arar, le mandat de cette commission expose en détail la manière dont elle doit traiter les renseignements protégés. Selon le mandat, la Commission peut recevoir des renseignements sensibles, en application de l’alinéa 38.01(6)d) et du paragraphe 38.01(8) de la LPC. Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, il faut évaluer le facteur de la pertinence en tenant compte du caractère exceptionnel et de l’utilité des commissions d’enquête pour le gouvernement et pour le public.

[42] Comme je l’ai expliqué précédemment, l’alinéa k) du mandat, ainsi que ses sous-alinéas, investissent le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués, et ils établissent la procédure qu’il doit suivre pour savoir si

can be disclosed, all in accordance with section 38 of the CEA. To that end, the Commissioner may consider releasing a summary of the evidence heard *in camera* and if such a summary is not sufficient, in the Commissioner's opinion, he may inform the applicant. Such an opinion constitutes notice under section 38.01 of the CEA. This was the route whereby the applicant filed the present application with the Court.

[43] The Attorney General submits that the contents of the redacted portions of the public report are not relevant to the terms of reference of the Commission and that the Commissioner has never explained the relevancy of this information.

[44] For his part, the Commissioner in his *ex parte* (*in camera*) decisions addressed the relevancy factor when discussing the public interest in disclosure. In his decision, the Commissioner commented that some of the information at issue, if disclosed, would help the public understand the Commissioner's recommendations. A reading of the Commissioner's three volumes shows that the Inquiry dealt with a good number of the public interest issues raised by this application, including: issues of human rights when dealing with other countries; Canada's use of information obtained through questionable means such as torture; international sharing practices post 9/11, *et al.*

[45] Having reviewed each of the redacted portions of the Commission's public report, knowing that the threshold to establish relevance is low, and having in mind the words of Justice Cory of the Supreme Court on the importance of commissions of inquiry in *Phillips*, above, particularly the paragraph I reproduced at paragraph 5 of this judgment, I find relevance in the redacted passages. After all, the Commissioner clearly identified the redacted information as being relevant for the purposes of his report. Surely such an opinion carries some weight. I further note that the Commissioner's determinations as to relevance may also be of some significance under the third part of the *Ribic*

des renseignements peuvent être divulgués, tout cela dans le respect de l'article 38 de la LPC. À cette fin, le commissaire peut envisager la diffusion d'un résumé des témoignages entendus à huis clos et, si le commissaire estime qu'un tel résumé est insuffisant, il peut en aviser le demandeur. Un tel avertissement constitue un avis aux termes de l'article 38.01 de la LPC. C'est à la suite de cette procédure que le procureur général du Canada a déposé la présente demande auprès de la Cour.

[43] Selon le procureur général, le contenu des passages expurgés du rapport public est étranger aux attributions de la Commission, et le commissaire n'a jamais expliqué la pertinence de tels renseignements.

[44] Pour sa part, le commissaire, dans sa décision *ex parte* (à huis clos), a considéré le facteur de la pertinence au moment d'examiner les raisons d'intérêt public qui justifiaient la divulgation. Dans sa décision, le commissaire expliquait que certains des renseignements en cause, s'ils étaient divulgués, aideraient le public à comprendre ses recommandations. La lecture des trois volumes du rapport du commissaire montre que l'Enquête a porté sur un bon nombre des questions d'intérêt public soulevées par la présente demande, dont les suivantes : les questions touchant les droits de la personne dans les relations avec d'autres pays; l'utilisation par le Canada de renseignements obtenus au moyen de méthodes discutables telles que la torture; et les pratiques internationales en matière de partage des renseignements suite aux événements du 11 septembre 2001.

[45] Ayant examiné chacun des passages expurgés du rapport public de la Commission, sachant que le seuil à observer pour établir la pertinence de renseignements est de faible niveau et enfin gardant à l'esprit les propos tenus par le juge Cory, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Phillips*, précité, sur l'importance des commissions d'enquête, en particulier le paragraphe 62 de cet arrêt, reproduit au paragraphe 5 du présent jugement, je conclus à la pertinence des passages expurgés. Après tout, le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport. Son avis en la matière n'est certainement pas anodin. Je relève aussi que les

test, as sometimes the more relevant the redacted information, the greater the public interest in disclosure; and conversely, sometimes the less relevant the redacted information, the less the public interest in disclosure. Of course, “relevance” must be weighed against other factors so that a final determination as to disclosure can be made.

### (III) Providing Some Meaning to the Concept of “Injury”

[46] The second step under the section 38.06 scheme asks the Court to determine whether disclosure would be injurious to international relations, national defence, or national security. It is normally the executive, after assessing the information, which determines whether disclosure would be injurious. It is trite law in Canada, as well as in numerous other common-law jurisdictions, that courts should accord deference to decisions of the executive in what concerns matters of national security, national defence and international relations, as the executive is considered to have greater knowledge and expertise in such matters than the courts (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33; *Ribic*, at paragraph 19; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953), at page 10 (United States Supreme Court); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, at paragraph 31 (House of Lords)). Justice Létourneau of the Federal Court of Appeal wrote in *Ribic*, at paragraph 18: “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.” Also of interest, Lord Hoffmann, of the House of Lords, wrote the following in a postscript [at paragraph 62] in *Rehman*, above:

... 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

conclusions du commissaire quant à la pertinence des renseignements peuvent aussi avoir une certaine utilité pour le troisième volet du critère de l’arrêt *Ribic*, parce que parfois plus les renseignements expurgés sont pertinents, plus grandes seront les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation. Inversement, les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation seront d’autant moins convaincantes que les renseignements expurgés seront moins pertinents. Naturellement, la « pertinence » doit être mise en balance avec d’autres facteurs avant qu’une décision finale ne soit rendue en matière de divulgation.

### III) Signification du concept de « préjudice »

[46] La seconde étape du régime de l’article 38.06 consiste pour la Cour à dire si la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. C’est en principe l’exécutif, après examen des renseignements, qui décide si la divulgation serait préjudiciable ou non. Il est bien établi en droit, au Canada comme dans de nombreux autres pays régis par la common law, que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l’égard des décisions de l’exécutif pour ce qui concerne les questions de sécurité nationale, de défense nationale et de relations internationales, parce que le pouvoir exécutif détient davantage de connaissances spécialisées en ces matières que le pouvoir judiciaire (arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33; arrêt *Ribic*, au paragraphe 19; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953), à la page 10 (Cour suprême des États-Unis); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, au paragraphe 31 (Chambre des lords)). Le juge Létourneau, de la Cour d’appel fédérale, écrivait ce qui suit au paragraphe 18 de l’arrêt *Ribic* : « 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 ». Tout aussi pertinentes sont les observations suivantes faites par lord Hoffmann, de la Chambre des lords, dans un post-scriptum [au paragraphe 62] de l’arrêt *Rehman*, précité :

[TRADUCTION] [...] en matière de sécurité nationale, le prix de l’erreur peut être élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter

Crown.... 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.

[47] This being said, the onus at this stage is on the party seeking the prohibition on disclosure to convince the Court that disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security (*Ribic*, at paragraph 21; *Khawaja*, at paragraph 65). The case law establishes that to find that an injury to international relations, national defence or national security would result from disclosure, the reviewing judge must be satisfied that the executive's opinion as to injury has a factual basis, established by evidence (see *Ribic*, at paragraph 18). Moreover, the Federal Court of Appeal in *Ribic*, using the standard of review language states that “[i]f his [the Attorney General's] assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it” (*Ribic*, at paragraph 19).

[48] Given that the Attorney General has the burden to prove that disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security, the question becomes: what is an “injury to international relations, national defence, or national security?” I have attempted to provide some meaning to this concept in the paragraphs that follow.

[49] The CEA at section 38 offers the following definition of “potentially injurious information”:

38. . . .

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security. [Emphasis added.]

Of interest, this definition uses the word “could” whereas section 38.06 of the CEA states that a judge is

les décisions des ministres du gouvernement [...] 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.

[47] Cela dit, à ce stade, c'est à la partie qui s'oppose à la divulgation qu'il appartient de convaincre la Cour que la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale (*Ribic*, au paragraphe 21; *Khawaja*, au paragraphe 65). Selon la jurisprudence, pour pouvoir conclure que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, le juge chargé du contrôle doit être persuadé que l'avis de l'exécutif sur le préjudice éventuel repose sur des faits attestés par la preuve (*Ribic*, au paragraphe 18). En outre, dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel fédérale, utilisant le vocabulaire de la norme de contrôle, écrit que « [s]i l'évaluation qu'il [le procureur général] fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter » (*Ribic*, au paragraphe 19).

[48] Étant donné qu'il appartient au procureur général de prouver que la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, la question devient la suivante : qu'est-ce qu'un « préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale »? J'ai tenté de donner une signification à ce concept dans les paragraphes qui suivent.

[49] L'article 38 de la LPC donne la définition suivante de l'expression « renseignements potentiellement préjudiciables » :

38. [. . .]

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. [Je souligne.]

Fait intéressant à noter, cette définition emploie l'expression « sont susceptibles de porter préjudice »,

to determine whether the disclosure of information “would” be injurious to international relations, national defence, or national security. The Federal Court of Appeal in *Jose Pereira E. Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154, at paragraph 14, spoke to the meaning of the words “would” and “could” in the context of the CEA:

Counsel for the appellants also contended that even if it could be said that Parts D and E of the Buckley certificate were effectively adopted by the respondent, the certificate is itself defective because nowhere therein is it stated, in compliance with subsection 38(1), that the release of the information “would” be injurious to Canada’s international relations. That phraseology suggests that in order to secure the benefit of sections 37 and 38 a party must show a probability that a feared injury will result from disclosure. The record contains nothing showing that the disclosure of information sought by the series of “vote buying” questions “would be injurious to international relations”. It is noted that the phraseology employed in Parts D and E to the Buckley certificate is “could” and “could reasonably” rather than “would”. The statute would seem to require a showing of probability of injury instead of mere possibility. [Emphasis added.]

I agree with the Federal Court of Appeal. The use of the word “would” by the legislator indicates that the Government under section 38.06 of the CEA must satisfy the reviewing judge that the injury alleged is probable, and not simply a possibility or merely speculative.

[50] This being said, the definition of “potentially injurious information” contained in the CEA is little more than circular. I therefore turn to the ordinary meaning of the term “injury.”

[51] The *Oxford English Dictionary* [2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989] defines “injury” as follows:

1. Wrongful action or treatment; violation or infringement of another’s rights; suffering or mischief wilfully and unjustly inflicted. With *an* and *pl.*, A wrongful act; a wrong inflicted or suffered. 2. Intentionally hurtful or offensive speech or words; reviling, insult, calumny; a taunt, an affront. *Obs.* [Cf.

tantdis que l’article 38.06 de la LPC dispose que le juge doit dire si la divulgation des renseignements « porterait préjudice » aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Dans l’arrêt *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, au paragraphe 14, la Cour d’appel fédérale s’est exprimée sur le sens de ces deux mots dans le contexte de la LPC :

L’avocat des appelants a également soutenu que même s’il est possible de dire que les parties D et E de l’attestation de M. Buckley ont effectivement été adoptées par l’intimé, l’attestation est en soi défectueuse parce qu’il n’y est nulle part dit, conformément au paragraphe 38(1), que la divulgation des renseignements « porterait » préjudice aux relations internationales du Canada. Ce libellé laisse entendre qu’afin de se prévaloir des articles 37 et 38, une partie doit démontrer qu’il existe une probabilité qu’un préjudice redouté résulte de la divulgation. Or, le dossier ne renferme rien qui montre que la divulgation des renseignements demandés dans la série de questions relatives à l’« achat de votes » « porterait préjudice aux relations internationales ». Il est noté que, dans les parties D et E de l’attestation, M. Buckley emploie les mots [TRADUCTION] « pourrait » et [TRADUCTION] « risquerait » plutôt que le mot [TRADUCTION] « porterait ». La loi semblerait exiger que l’on démontre la probabilité d’un préjudice plutôt qu’une simple possibilité. [Non souligné dans l’original.]

Je souscris aux propos de la Cour d’appel fédérale. L’emploi de l’expression « porterait préjudice » par le législateur signale que, selon l’article 38.06 de la LPC, le gouvernement doit convaincre le juge chargé du contrôle que le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture.

[50] Cela dit, la définition de l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables », dans la LPC, est plutôt redondante. Je passe donc au sens ordinaire du mot « préjudice ».

[51] Le *Oxford English Dictionary* [2<sup>e</sup> éd. Oxford: Clarendon Press, 1989] définit ainsi le mot « *injury* » (« préjudice ») :

[TRADUCTION]

1. Acte ou événement nuisible aux intérêts de quelqu’un; atteinte aux droits d’autrui; dommage volontairement et injustement causé. Acte dommageable infligé ou subi. 2. Paroles intentionnellement blessantes ou offensantes; injure, insulte, calomnie; raillerie, affront. *Vielli.* [Cf. en français, *une*

F. *injure* = *parole offensante, outrageuse*.] **3. a.** Hurt or loss caused to or sustained by a person or thing; harm, detriment, damage. With *an* and *pl.* An instance of this. **b. concr.** A bodily wound or sore. *Obs. rare.* **4. attrib. and Comb.,** as ***injury-doing***, wrong-doing; ***injury-feigning*** vbl. n. and ppl. a.; ***injury time***, the extra time allowed in a game of football or the like to make up for time spent in attending to injuries.

Obviously in the context of section 38 of the CEA definition (3) is most appropriate. This definition indicates, as do the others to an extent, that to be considered an “injury” there has to be some detriment, damage or loss. For its part, the *Black’s Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, defines the term “injury” as follows:

**1.** The violation of another’s legal right, for which the law provides a remedy; a wrong or injustice. See WRONG. **2.** Harm or damage.—*injure, vb.*—*injurious, adj.*

Once again the concept of harm and damage is echoed in this definition.

[52] I turn to the definition of “*préjudiciable*”, the word used in the French version of the CEA. *Le Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 1992 defines “*préjudiciable*” as “*Qui porte, peut porter préjudice*”. The same dictionary defines the word “*préjudice*” as:

**1.** Perte d’un bien, d’un avantage par le fait d’autrui; acte ou événement nuisible aux intérêts de qqn et le plus souvent contraire au droit, à la justice. Causer un préjudice à qqn. Porter préjudice: *causer du tort*. Subir un préjudice. *V. Dommage*. Préjudice matériel, moral, esthétique, d’agrément, de jouissance. *V. Dam, désavantage, détriment.* **2.** Ce qui est nuisible pour, ce qui va contre (qqch.) Causer un grave préjudice à une cause, à la justice. Au préjudice de l’honneur, de la vérité. *V. Contre, malgré.*

For its part, the *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français* defines “*préjudiciable*” as: “*qui cause ou peut causer un préjudice*” and defines “*préjudice*” as:

**1.** Dans un sens général, atteinte portée aux droits ou aux intérêts de quelqu’un. Ex. L’administrateur du bien d’autrui est tenu de réparer le préjudice causé pas sa démission si elle est donnée sans motif sérieux. **2.** Dommage corporel, matériel,

*injure* est une *parole offensante, outrageuse*.] **3. a.** Dommage ou perte causé à une personne ou chose, ou subi par elle; tort, détriment, endommagement. **b. Concret.** Blessure ou douleur corporelle. *Vieilli, rare.* **4. Attribut et compos.** Préjudiciable attentatoire simulateur de blessure *n. verb et adj. particip.*; se dit du temps de prolongation accordé à la fin d’un match de soccer ou autre pour compenser les arrêts de jeu entraînés par les blessures.

S’agissant de l’article 38 de la LPC, c’est évidemment la définition numéro 3 qui convient le mieux. Cette définition dit, tout comme les autres dans une certaine mesure, que, pour qu’il y ait « préjudice », il doit y avoir un détriment, un dommage ou une perte. Pour sa part, le *Black’s Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul., Minn.: West Group, 1999, définit ainsi le mot « *injury* » (« préjudice ») :

[TRADUCTION] **1.** L’atteinte aux droits d’autrui, à l’égard de laquelle la loi prévoit un recours; tort, injustice. Voir tort. **2.** Lésion ou dommage.—*préjudicier à, vb.*—*préjudiciable, adj.*

Là encore, la notion de tort et de dommage transparait dans cette définition.

[52] J’examinerai maintenant la définition du mot « *préjudiciable* », le mot employé dans la version française de la LPC. *Le Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 1992, définit ainsi ce mot: « Qui porte, peut porter préjudice ». Le même dictionnaire définit ainsi le mot « *préjudice* » :

**1.** Perte d’un bien, d’un avantage par le fait d’autrui; acte ou événement nuisible aux intérêts de qqn et le plus souvent contraire au droit, à la justice. *Causer un préjudice à qqn. Porter préjudice: causer du tort. Subir un préjudice. V. Dommage. Préjudice matériel, moral, esthétique, d’agrément, de jouissance. V. Dam, désavantage, détriment.* **2.** Ce qui est nuisible pour, ce qui va contre (qqch.) *Causer un grave préjudice à une cause, à la justice. Au préjudice de l’honneur, de la vérité. V. Contre, malgré.*

Pour sa part, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> tirage, Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, définit ainsi le mot « *préjudiciable* »: « qui cause ou peut causer un préjudice », et définit ainsi le mot « *préjudice* » :

**1.** Dans un sens général, atteinte portée aux droits ou aux intérêts de quelqu’un. Ex. L’administrateur du bien d’autrui est tenu de réparer le préjudice causé par sa démission si elle est donnée sans motif sérieux. **2.** Dommage corporel, matériel,

*ou moral subi par une personne par le fait d'un tiers et pour lequel elle peut éventuellement avoir le droit d'obtenir réparation.*

The French definition reverberates the same concept as the English definition, namely that for an “injury” to exist some harm or damage must occur.

[53] To further explain these principles, it is useful to consider Canadian, as well as foreign case law. Although the jurisprudence fails to explicitly define “injury to international relations, national defence or national security,” the jurisprudence, particularly out of the United Kingdom, provides some indicia as to what can be considered such an injury.

(a) Information in the Public Domain

[54] In *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada ruled that information in the public domain could not be protected under section 39 of the CEA, which deals with confidences of the Queen’s Privy Council for Canada. At paragraph 26 of *Babcock*, above, Chief Justice McLachlin wrote:

Where a document has already been disclosed, s. 39 no longer applies. There is no longer a need to seek disclosure since disclosure has already occurred. Whether s. 39 does not apply, there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law.... However, that issue does not arise on this appeal. Similarly, the issue of inadvertent disclosure does not arise here because the Crown deliberately disclosed certain documents during the course of litigation.

Although *Babcock*, above, deals with section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, Item 5(F)] of the CEA, the same principle applies in the section 38 of the CEA context, namely that information in the public domain cannot be protected from disclosure. In *K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (1996), 106 F.T.R. 210 (T.D.), at paragraph 35, Justice Rothstein (as he then was) discusses the principle in the section 38 of the CEA context:

*ou moral subi par une personne par le fait d'un tiers et pour lequel elle peut éventuellement avoir le droit d'obtenir réparation.*

La définition française reprend la même notion que la définition anglaise, c’est-à-dire que, pour qu’il y ait « préjudice », il faut que se produise un tort ou un dommage.

[53] Pour expliquer davantage ces principes, il est utile de considérer tant la jurisprudence canadienne que la jurisprudence étrangère. La jurisprudence ne définit pas expressément ce qu’est un « préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale », mais elle donne, en particulier celle émanant du Royaume-Uni, certains indices de ce qui peut être considéré comme un tel préjudice.

a) Renseignements qui relèvent du domaine public

[54] Dans l’arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a jugé que les renseignements qui relèvent du domaine public ne peuvent pas être protégés par l’article 39 de la LPC, qui traite des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Au paragraphe 26 de cet arrêt, la juge en chef McLachlin écrivait ce qui suit :

Lorsqu’un document a déjà été divulgué, l’art. 39 cesse de s’y appliquer. Il n’est alors plus nécessaire d’en demander la production, compte tenu de sa divulgation antérieure. Lorsque l’art. 39 ne s’applique pas, il se pourrait que le gouvernement puisse faire valoir d’autres motifs justifiant la protection contre toute nouvelle divulgation en s’appuyant sur la common law [...] Cette question ne se pose toutefois pas dans le cadre du présent pourvoi. De même, l’instance ne soulève pas la question de la divulgation accidentelle, car la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l’instance.

L’arrêt *Babcock*, précité, concerne l’article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5 (F)] de la LPC, mais le même principe s’applique dans le contexte de l’article 38 de la LPC, c’est-à-dire que les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être soustraits à la divulgation. Dans le jugement *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [1996] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 35, le juge Rothstein (alors juge de

In many cases, the confidential information constitutes observations on existing policies and practices and how they might relate to a legal challenge. . . . I am inclined to think that much of what is said to be confidential is already publicly known in one form or another. It appears that if anything, disclosure might result in some embarrassment to the respondent but why that embarrassment would harm international or federal-provincial relations is not readily evident. I think what we largely have in this case is exaggeration of the harm to Canadian interests from disclosure which subsections 37(1) and 38(1) of the *Canada Evidence Act* were enacted to curtail.

[55] Case law emanating from the United Kingdom also supports the principle that information in the public domain cannot be protected by the courts. In the House of Lord's decision in *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 [hereinafter *Observer Ltd.*], Lord Brightman wrote at page 267:

The Crown is only entitled to restrain the publication of intelligence information if such publication would be against the public interest, as it normally will be if theretofore undisclosed. But if the matter sought to be published is no longer secret, there is unlikely to be any damage to the public interest by re-printing what all the world has already had the opportunity to read. [Emphasis added.]

However, even more interesting is Justice Scott's decision in the case at the Chancery Division level [[1990] 1 A.C. 109, at 117] a decision which was subsequently upheld by both the Court of Appeal [[1990] 1 A.C. 109, at 174] and the House of Lords. Justice Scott, his judgment, reproduced at page 117 of *Observer Ltd.*, sets out five criteria that should be looked to when determining whether the public accessibility of information is fatal to an attempt to prohibit disclosure. These criteria are the following:

- (1) The nature of the information — where the information is very harmful a court will be more willing to prohibit further disclosure;
- (2) The nature of the interest sought to be protected;

la Cour fédérale) examinait le principe dans le contexte de l'article 38 de la LPC :

Nombre de ces renseignements confidentiels sont des observations sur les politiques et pratiques en vigueur et sur ce qui se passerait en cas de contestation en justice. Je suis enclin à conclure des arguments de l'avocat de l'intimé qu'une grande partie de ce qui est soi-disant confidentiel est déjà connue du public sous une forme ou sous une autre. Il appert que tout au plus, la divulgation pourrait causer un certain embarras à l'intimé, mais on ne voit pas comment cet embarras pourrait compromettre des relations internationales ou fédérales-provinciales. Je pense que ce que nous avons surtout en l'espèce, c'est une exagération du préjudice que pourrait causer aux intérêts du Canada la divulgation que les paragraphes 37(1) [sic] et 38(1) [sic] de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à restreindre.

[55] La jurisprudence du Royaume-Uni confirme elle aussi le principe selon lequel les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être protégés par les tribunaux. Dans un arrêt rendu par la Chambre des lords, *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 [ci-après *Observer Ltd.*], lord Brightman écrivait ce qui suit, à la page 267 :

[TRADUCTION] La Couronne n'est fondée à restreindre la publicité d'informations et de renseignements que lorsque telle publicité serait contraire à l'intérêt public, comme elle le sera en général s'il n'y a pas eu jusque-là divulgation. Mais, si l'information que l'on voudrait rendre publique n'est plus secrète, aucun préjudice ne sera probablement causé à l'intérêt public par la réimpression de ce que le monde entier a déjà eu l'occasion de lire. [Non souligné dans l'original.]

Cependant, plus intéressant encore est le jugement rendu dans cette affaire par le juge Scott, de la Chancery Division [[1990] 1 A.C. 109, à la page 117], jugement qu'allaient confirmer plus tard à la fois la Cour d'appel d'Angleterre [[1990] 1 A.C. 109, à la page 174] et la Chambre des lords. Dans son jugement, reproduit à la page 117, le juge Scott exposait les cinq critères qu'il convient de considérer pour savoir si l'accès du public à des renseignements rend illusoire toute tentative d'en interdire la divulgation. Ces critères sont les suivants :

- 1) la nature des renseignements—lorsque les renseignements sont très préjudiciables, le tribunal sera plus enclin à en faire cesser la divulgation;
- 2) la nature de l'intérêt que l'on cherche à protéger;

(3) The relationship between the plaintiff (person seeking prohibition on disclosure) and the defendant;

(4) The manner in which the defendant has come into possession of the information—if the defendant does not have “clean hands” a court will be more likely to prohibit the disclosure;

(5) The circumstances in which, and the extent to which, the information has been made public.

[56] I note that the rule that information available in the public domain cannot be protected from disclosure is not an absolute. There are many circumstances which would justify protecting information available in the public domain, for instance: where only a limited part of the information was disclosed to the public; where the information is not widely known or accessible; where the authenticity of the information is neither confirmed nor denied; and where the information was inadvertently disclosed.

[57] In Canada, the Supreme Court has left the door open to the possibility that courts can prohibit the disclosure of information that has entered the public domain through inadvertent disclosure (see *Babcock*, above, at paragraph 26 (reproduced at paragraph 54 of this judgment). In *Khawaja*, Justice Mosley also addressed the effects of an inadvertent disclosure. At paragraph 111 of his decision, he wrote:

. . . inadvertent waiver is not enough to justify disclosure. In light of the case-by-case nature of the test, the most appropriate approach is to proceed by way of the same three step assessment; taking into account the fact that inadvertent disclosure of the information has occurred. Inadvertent disclosure may for example make it more difficult for the government to demonstrate injury under the second stage of the assessment. Inadvertent disclosure can also be considered at the balancing stage of the test, as it might weigh in favour of the Court considering the release of the information subject to conditions designed to limit any remaining concerns regarding injury.

3) la relation entre le demandeur (qui cherche à faire interdire la divulgation) et le défendeur;

4) la manière dont le défendeur est venu en possession des renseignements—si l’attitude du défendeur n’est pas irréprochable, le tribunal sera plus enclin à interdire la divulgation des renseignements;

5) les circonstances dans lesquelles les renseignements ont été rendus publics, et la mesure dans laquelle ils l’ont été.

[56] J’observe que la règle selon laquelle les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être soustraits à la divulgation n’est pas une règle absolue. Maintes circonstances justifieraient la protection de renseignements qui relèvent du domaine public, par exemple les suivantes : une partie seulement des renseignements a été divulguée au public; les renseignements ne sont pas généralement connus ou accessibles; l’authenticité des renseignements n’est ni confirmée ni démentie; enfin, les renseignements ont été divulgués par inadvertance.

[57] Au Canada, la Cour suprême a laissé la porte ouverte à la possibilité pour les tribunaux d’interdire la divulgation de renseignements qui sont tombés dans le domaine public après divulgation par inadvertance (voir l’arrêt *Babcock*, précité, dont le paragraphe 26 est reproduit au paragraphe 54 du présent jugement). Dans le jugement *Khawaja*, le juge Mosley s’est lui aussi exprimé sur les effets d’une divulgation par inadvertance. Au paragraphe 111 de sa décision, il écrivait ce qui suit :

[. . .] la renonciation par inadvertance ne suffit pas à justifier la divulgation. Puisque, en ce qui concerne le critère, chaque cas est un cas d’espèce, l’approche la plus indiquée consiste à procéder selon la même évaluation en trois étapes, en tenant compte du fait qu’il y a eu divulgation par inadvertance des renseignements. La divulgation par inadvertance pourrait par exemple rendre plus difficile pour le gouvernement de prouver un préjudice à la seconde étape de l’évaluation. La divulgation par inadvertance peut aussi être considérée à l’étape du critère relative à la mise en balance des intérêts publics contradictoires, car elle pourrait avoir pour effet que la Cour envisagera la communication des renseignements sous réserve de conditions propres à dissiper les doutes restants concernant le préjudice.

In my view, the circumstances of the “inadvertent disclosure” are of essence when determining whether inadvertently disclosed information can be protected by the Court. As stated by Justice Mosley, such a determination must be made keeping in mind the three-part test established under section 38.06 of the CEA.

(b) Information Critical of the Government or which would bring Embarrassment to the Government

[58] As can be seen from the passage I have reproduced from *K.F. Evans Ltd.*, above (at paragraph 54 of this judgment), the Court will not prohibit disclosure where the Government’s sole or primordial purpose for seeking the prohibition is to shield itself from criticism or embarrassment. This principle has also been confirmed by the Supreme Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 673, where Justice La Forest, for the Court, wrote:

There is a further matter that militates in favour of disclosure of the documents in the present case. The appellant here alleges unconscionable behaviour on the part of the government. As I see it, it is important that this question be aired not only in the interests of the administration of justice but also for the purpose for which it is sought to withhold the documents, namely, the proper functioning of the executive branch of government. For if there has been harsh or improper conduct in the dealings of the executive with the citizen, it ought to be revealed. The purpose of secrecy in government is to promote its proper functioning, not to facilitate improper conduct by the government. This has been stated in relation to criminal accusations in *Whitlam*, and while the present case is of a civil nature, it is one where the behaviour of the government is alleged to have been tainted.

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts. As Lord Keith of Kinkel noted in the *Burmah Oil* case, *supra*, at p. 725, it has a bearing on the perception of the litigant and the public on whether justice has been done. [Emphasis added.]

[59] Also of interest, Justice Mason of the High Court of Australia stated in his judgment in *Commonwealth of*

À mon avis, les circonstances de la « divulgation par inadvertance » sont capitales lorsqu’on se demande si des renseignements divulgués par inadvertance peuvent être protégés par la Cour. Comme l’expliquait le juge Mosley, c’est une décision qu’il faut prendre tout en gardant à l’esprit le critère en trois volets établi en application de l’article 38.06 de la LPC.

b) Renseignements qui critiquent le gouvernement ou qui sont susceptibles de l’embarrasser

[58] Comme on peut le voir dans l’extrait du jugement *K.F. Evans Ltd.* reproduit ci-dessus (au paragraphe 54 du présent jugement), la Cour n’interdira pas la divulgation de renseignements lorsque la raison unique ou principale pour laquelle le gouvernement veut faire interdire la divulgation est sa volonté de se soustraire à la critique ou d’éviter un embarras. Ce principe a également été confirmé par la Cour suprême dans l’arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la p. 673, où le juge La Forest, s’exprimant pour la Cour, écrivait ce qui suit :

Il y a un autre facteur qui milite en faveur de la divulgation des documents en l’espèce. L’appelant allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement. À mon sens, il importe que ce point soit débattu non seulement dans l’intérêt de l’administration de la justice mais aussi dans l’intérêt du bon fonctionnement du pouvoir exécutif du gouvernement, ce qui a été avancé comme but de la demande de non-divulgation des documents. Car, si le pouvoir exécutif a agi de façon sévère ou abusive envers un particulier, il faut que cela émerge au grand jour. Le secret en matière gouvernementale a pour objet de favoriser la bonne marche du gouvernement et non pas de lui faciliter les abus. Cela a été dit relativement à des accusations criminelles dans l’arrêt *Whitlam* et, malgré le caractère civil de la présente affaire, il s’agit d’un cas où l’on reproche au gouvernement une conduite abusive.

La divulgation est d’autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l’administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux. Comme l’a souligné lord Keith of Kinkel dans l’arrêt *Burmah Oil*, précité, à la p. 725, elle a un effet sur la perception du justiciable et du public que justice a été faite. [Non souligné dans l’original.]

[59] Également digne d’intérêt est la décision rendue par le juge Mason, de la Haute Cour d’Australie, dans

*Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39, at pages 51-52:

But it can scarcely be a relevant detriment to the government that publication of material concerning its actions will merely expose it to public discussion and criticism. It is unacceptable in our democratic society that there should be a restraint on the publication of information relating to government when the only vice of that information is that it enables the public to discuss, review and criticise government action.

Accordingly, the court will determine the government's claim to confidentiality by reference to the public interest. Unless disclosure is likely to injure the public interest, it will not be protected.

This passage was later cited with approval by Bingham L.J. and Lord Keith of Kinkel in their respective judgments in *Observer Ltd.*, above.

[60] The same principle has also been expressed in the *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (1996), a tool for interpreting Article 19 of the United Nations' *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47], which states at Principle 2(b):

2. . . .

(b) In particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security, including, for example, to protect a government from embarrassment or exposure of wrongdoing, or to conceal information about the functioning of its public institutions, or to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest.

Given the abundance of case law and legal documents advancing that information which is critical or embarrassing to the Government cannot be protected, there appears to me to be no reason to depart from the application of this principle.

l'affaire *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39, aux pages 51 et 52 :

[TRADUCTION] Mais il est difficile de croire que le gouvernement subira un préjudice du seul fait que la divulgation de documents concernant sa ligne de conduite risque de l'exposer, sans plus, au débat public et à la critique publique. Il est inacceptable dans notre société démocratique que l'on puisse restreindre la publicité de l'information relative à l'action gouvernementale quand le seul vice de cette information est de permettre au public de débattre, d'examiner et de censurer l'action gouvernementale.

Par conséquent, c'est par référence à l'intérêt public que la Cour se prononcera sur la confidentialité revendiquée par le gouvernement. Si la divulgation n'est pas susceptible de préjudicier à l'intérêt public, l'information ne sera pas protégée.

Ces propos ont plus tard été cités avec approbation par lord juge Bingham et lord Keith of Kinkel dans les jugements respectifs qu'ils ont rendus à propos de l'affaire *Observer Ltd.*, précitée.

[60] Le même principe a aussi été exprimé dans les *Principes de Johannesburg : Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996), un outil d'interprétation de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] des Nations Unies. Le Principe 2b) est ainsi formulé

2. [. . .]

b) En particulier, une restriction qu'un gouvernement tenterait de justifier par des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime si son véritable but et son effet démontrable est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, comme par exemple de protéger un gouvernement de l'embarras ou de la découverte de ses fautes, ou pour dissimuler des informations sur le fonctionnement des institutions publiques, ou pour imposer une certaine idéologie, ou pour réprimer des troubles sociaux.

Vu l'abondance de la jurisprudence et des instruments juridiques qui nous enseignent que les renseignements qui sont susceptibles de critiquer ou d'embarrasser le gouvernement ne sauraient être soustraits à la divulgation, il me semble qu'il n'y a ici aucune raison de s'écarter de l'application de ce principe.

(IV) Some Meaning to the Concept of “International Relations”

[61] I now turn to what is meant by the term “international relations.” Canadian jurisprudence does not define this term. However, *Black’s Law Dictionary* [7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999] defines “international relations”:

1. World politics. 2. Global political interaction primarily among sovereign nations. 3. The academic discipline devoted to studying world politics, embracing international law, international economics, and the history and art of diplomacy.

Given this definition and the purpose of section 38 of the CEA, “information injurious to international relations” refers to information that if disclosed would be injurious to Canada’s relationship with foreign nations.

(V) Some Meaning to the Concept of “National Defence”

[62] As for the term “national defence,” *Black’s Law Dictionary* defines the term as follows:

1. All measures taken by a nation to protect itself against its enemies • A nation’s protection of its collective ideals and values is included in the concept of national defense. 2. A nation’s military establishment.

In my view given the purpose of section 38, namely to prevent the release of information that could be injurious, the *Black’s Law Dictionary*’s broad definition of what constitutes national defence is appropriate.

(VI) Some Meaning to the Concept of “National Security”

[63] Unlike the terms “international relations” and “national defence,” whose definitions are widely and more easily understood, the meaning of this term is not commonly known, and there has been great debate in the academic world as to what it delineates. The *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, at section 2 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89], offers the following definition of “threats to the

IV) Signification du concept de « relations internationales »

[61] J’examinerai maintenant ce qu’il faut entendre par l’expression « relations internationales ». La jurisprudence canadienne ne définit pas cette expression. Cependant, le *Black’s Law Dictionary* [7<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999] définit ainsi l’expression, « *international relations* » (« relations internationales ») :

[TRADUCTION] 1. Politique à l’échelle mondiale. 2. Interaction politique à l’échelle planétaire, principalement entre nations souveraines. 3. La discipline qui se consacre à l’étude de la politique à l’échelle mondiale, et qui inclut le droit international, l’économie internationale, ainsi que l’histoire et l’art de la diplomatie.

Vu cette définition ainsi que l’objet de l’article 38 de la LPC, les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s’entendent des renseignements qui, s’ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines.

V) Signification du concept de « défense nationale »

[62] Quant à l’expression « défense nationale », le *Black’s Law Dictionary* la définit ainsi :

[TRADUCTION] 1. Tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis. La protection, par une nation, de son idéal collectif et de ses valeurs collectives est comprise dans la notion de défense nationale. 2. L’arsenal militaire d’une nation.

À mon avis, compte tenu de l’objet de l’article 38, qui est d’empêcher la diffusion de renseignements pouvant être préjudiciables, la définition étendue que donne le *Black’s Law Dictionary* de ce qui constitue la défense nationale est satisfaisante.

VI) Signification du concept de « sécurité nationale »

[63] Contrairement aux expressions « relations internationales » et « défense nationale », dont la définition est largement et plus facilement comprise, le sens de l’expression « sécurité nationale » demeure imprécis, et la controverse règne parmi les spécialistes sur les contours à lui assigner. La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, en son article 2 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89],

security of Canada”:

2. ....

“threats to the security of Canada” means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

For its part, the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, at section 15, talks about “the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.” At subsection 15(2) of the Act, the term “subversive or hostile activities” is defined as:

15. (2)....

“Subversive or hostile activities” means:

(a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,

(b) sabotage,

(c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,

(d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,

donne la définition suivante de l’expression « menaces envers la sécurité du Canada » :

2. [...]

« menaces envers la sécurité du Canada » Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l’espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d’espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l’étranger qui touchent le Canada ou s’y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d’une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d’une cause, de protestation ou de manifestation d’un désaccord qui n’ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

Pour sa part, la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, en son article 15, parle de « la détection, [...] la prévention ou [...] la répression d’activités hostiles ou subversives ». Au paragraphe 15(2) de la Loi, l’expression « activités hostiles ou subversives » est ainsi définie :

15. (2) [...]

« activités hostiles ou subversives »

a) L’espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;

b) le sabotage;

c) les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;

d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d’États étrangers par l’emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l’incitation à l’emploi de ces moyens;

(e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and

(f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada.

[64] Case law provides some meaning to the term as well. The Supreme Court in *Suresh*, above, commented on the meaning of the term “danger to the security of Canada.” At paragraphs 88-90, Justice Arbour (as she then was), writing for the majority of the Court, stated the following:

These considerations lead us to conclude that to insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test for “danger to the security of Canada” is to set the bar too high. There must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada. But the threat need not be direct; rather it may be grounded in distant events that indirectly have a real possibility of harming Canadian security.

While the phrase “danger to the security of Canada” must be interpreted flexibly, and while courts need not insist on direct proof that the danger targets Canada specifically, the fact remains that to return (*refouler*) a refugee under s. 53(1)(b) to torture requires evidence of a serious threat to national security. To suggest that something less than serious threats founded on evidence would suffice to deport a refugee to torture would be to condone unconstitutional application of the *Immigration Act*. Insofar as possible, statutes must be interpreted to conform to the Constitution. This supports the conclusion that while “danger to the security of Canada” must be given a fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.

These considerations lead us to conclude that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible. [Emphasis added.]

e) les activités visant à recueillir des éléments d'information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;

f) les activités destinées à menacer, à l'étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l'étranger.

[64] La jurisprudence attribue elle aussi une signification à l'expression. Dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême du Canada s'exprimait sur le sens de l'expression « danger pour la sécurité du Canada ». Aux paragraphes 88 à 90, la juge Arbour (alors juge de la Cour suprême du Canada), s'exprimant pour les juges majoritaires, écrivait ce qui suit :

Ces considérations nous amènent à conclure que serait trop exigeant un critère requérant la preuve directe d'un risque précis pour le Canada afin de décider si une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada ». Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d'un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d'événements qui surviennent à l'étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada.

Bien que l'expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation souple, et que les tribunaux ne soient pas tenus d'exiger la preuve directe que la menace vise précisément le Canada, il demeure que l'al. 53(1)(b) ne permet le refoulement d'un réfugié dans un pays où il risque la torture que s'il est établi que la sécurité nationale est gravement menacée. En laissant entendre qu'un facteur moins exigeant que de graves menaces étayées par la preuve suffirait pour expulser un réfugié dans un pays où il risque la torture, on cautionnerait l'application inconstitutionnelle de la *Loi sur l'immigration*. Dans la mesure du possible, les lois doivent recevoir une interprétation conforme à la Constitution. Ces éléments appuient la conclusion que, bien que l'expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d'une menace potentiellement grave.

Ces considérations nous amènent à conclure qu'une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d'un pays est souvent tributaire de la sécurité d'autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable. [Non souligné dans l'original.]

[65] For its part, the House of Lords under the penmanship of Lord Slynn of Hadley in *Rehman* wrote (*Rehman*, above, at paragraphs 15-16):

... “the interests of national security” cannot be used to justify any reason the Secretary of State has for wishing to deport an individual from the United Kingdom. There must be some possibility of risk or danger to the security or well-being of the nation which the Secretary of State considers makes it desirable for the public good that the individual should be deported. But I do not accept that this risk has to be the result of “a direct threat” to the United Kingdom.... Nor do I accept that the interests of national security are limited to action by an individual which can be said to be “targeted at” the United Kingdom, its system of government or its people....

...

The sophistication of means available, the speed of movement of persons and goods, the speed of modern communication, are all factors which may have to be taken into account in deciding whether there is a real possibility that the national security of the United Kingdom may immediately or subsequently be put at risk.... To require the matters in question to be capable of resulting “directly” in a threat to national security limits too tightly the discretion of the executive in deciding how the interests of the state, including not merely military defence but democracy, the legal and constitutional systems of the state need to be protected. I accept that there must be a real possibility of an adverse effect on the United Kingdom for what is done by the individual under inquiry but I do not accept that it has to be direct or immediate. [Emphasis added.]

[66] I now turn to the definitions offered of the term “national security” by some of the legal scholars. Mr. Stanley Cohen, in his book *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham: LexisNexis Canada, 2005), at pages 161 and 163-164, offers the following definition of national security:

Although a pivotal concept, “national security” and the related, if not equivalent phrase, “danger to the security of Canada”, have been regarded as notoriously difficult to define. Nevertheless, despite possessing a degree of imprecision, the concept of “danger to the security of Canada” is not unconstitutionally vague. In *Suresh*, at the level of the Federal Court of Appeal, Robertson J.A. found, in the context of deportation proceedings, that the phrase was constitutionally sufficient. He acknowledged that the phrase was imprecise but

[65] Pour sa part, la Chambre des lords, sous la plume de lord Slynn of Hadley, écrivait ce qui suit dans l’arrêt *Rehman*, précité, aux paragraphes 15 et 16 :

[TRADUCTION] [...] Les « intérêts touchant la sécurité nationale » ne sauraient servir à justifier n’importe quelle raison qu’aurait le Secrétaire d’État de vouloir expulser quelqu’un du Royaume-Uni. Il doit y avoir une possibilité de risque ou de danger pour la sécurité et le bien-être de la nation, possibilité qui, d’après le Secrétaire d’État, rend souhaitable pour le bien public que l’intéressé soit expulsé. Mais je ne puis admettre que ce risque doive être le résultat d’une « menace directe » pour le Royaume-Uni [...]. Je ne puis admettre non plus que les intérêts touchant la sécurité nationale se limitent à des agissements dont on peut dire qu’ils « visent » le Royaume-Uni, son mode de gouvernement ou sa population [...]

[...]

Le raffinement des moyens existants, la vitesse de circulation des personnes et des biens, la rapidité des communications modernes, tous ces facteurs pourraient devoir être pris en compte dans la question de savoir s’il est véritablement possible que la sécurité nationale du Royaume-Uni soit, dans l’immédiat ou plus tard, mise en péril [...]. Dire que les aspects en cause doivent pouvoir entraîner « directement » une menace pour la sécurité nationale, c’est limiter à l’excès le pouvoir discrétionnaire de l’exécutif de décider comment les intérêts de l’État, y compris non seulement la défense militaire, mais aussi la démocratie, le système juridique et le système constitutionnel, doivent être protégés. J’admets qu’il doive exister une possibilité réelle d’un effet préjudiciable sur le Royaume-Uni par suite des agissements de la personne visée par l’enquête, mais je n’admets pas que la menace doive être directe ou immédiate. [Non souligné dans l’original.]

[66] Je passe maintenant aux définitions de l’expression « sécurité nationale » qui sont données par certains juristes. Dans son ouvrage intitulé *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham: LexisNexis Canada, 2005), aux pages 161 et 163 à 164, M. Stanley Cohen donne la définition suivante de la sécurité nationale :

[TRADUCTION] Bien qu’il s’agisse d’une notion essentielle, l’expression « sécurité nationale » et l’expression connexe, sinon équivalente, « danger pour la sécurité du Canada », sont considérées comme des expressions notoirement difficiles à définir. Néanmoins, malgré son degré d’imprécision, la notion de « danger pour la sécurité du Canada » n’est pas inconstitutionnellement vague. Dans l’arrêt *Suresh*, au niveau de la Cour d’appel fédérale, le juge Robertson, qui avait affaire à une procédure d’expulsion, a estimé que l’expression

reasoned that whether a person poses a danger to the security of Canada may be determined by “the individual’s degree of association or complicity with a terrorist organization”.

...

“National security” also finds expression in the *Canada Evidence Act* (CEA) in the context of the Act’s definitions of “potentially injurious information” and “sensitive information”. In both instances, the concept is linked with information relating to national defence and international security, although, clearly, these matters are not co-extensive.

As Lustgarten and Leigh point out in their fine text, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, the phrase “national security” is actually a relative newcomer to the lexicon of international affairs and political science. In the U.K., the wealth of statutes and regulations giving extraordinary powers to the Executive and its officials were generically entitled and drew their justification from the need for Defence of the Realm. “National security”, at least in the United States and the United Kingdom, seemingly has drawn its currency from the American practice and experience.

The use of this terminology rather than national “defence” has important implications for foreign policy, signalling “a more grandly ambitious conception of that nation’s [America’s] role in world affairs.” As is evident, the term “national security” also has great currency in Canada, notwithstanding this country’s rather more modest claims in the international arena.

[67] For his part, Professor Craig Forcese wrote the following in what concerns the definition of “national security” in his 2006 paper “Through a Glass Darkly: The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” ((2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963) [at page 966]:

... Canada’s National Defence College defined national security in 1980 as

the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and compatible with the needs and legitimate aspirations of others. It includes freedom from military attack or coercion, freedom from internal subversion, and freedom from the erosion of the political,

était suffisante sur le plan constitutionnel. Il a reconnu que l’expression était imprécise, mais a fait valoir que le point de savoir si une personne constitue un danger pour la sécurité du Canada peut être décidé d’après le « degré d’association ou de complicité de cette personne avec une organisation terroriste ».

[...]

L’expression « sécurité nationale » est également circonscrite dans la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC), par l’effet des définitions qu’on y trouve des expressions « renseignements potentiellement préjudiciables » et « renseignements sensibles ». Dans les deux cas, la notion est rattachée aux renseignements qui intéressent la défense nationale et la sécurité nationale, encore que, manifestement, ces deux notions n’aient pas la même portée.

Comme le font observer Lustgarten et Leigh dans leur excellent texte, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, l’expression « sécurité nationale » est en réalité un ajout plutôt récent dans le lexique des affaires internationales et de la science politique. Au Royaume-Uni, une foule de lois et règlements conférant des pouvoirs extraordinaires à l’exécutif et à ses fonctionnaires portent un titre générique et tirent leur justification de la nécessité de défendre le Royaume. La « sécurité nationale », du moins aux États-Unis et au Royaume-Uni, tire, semble-t-il, sa signification actuelle de la pratique et de l’expérience américaines.

L’emploi de l’expression « sécurité nationale » plutôt que « défense nationale » a d’importantes conséquences pour la politique étrangère, car elle signale « une conception largement plus ambitieuse du rôle de cette nation [les États-Unis] dans les affaires mondiales ». À l’évidence, l’expression « sécurité nationale » est largement employée aussi au Canada, en dépit des prétentions plus modestes de ce pays sur la scène internationale.

[67] Le professeur Craig Forcese, quant à lui, écrivait ce qui suit à propos de la définition de « sécurité nationale » dans son article publié en 2006, « Through a Glass Darkly: The Role and Review of “National Security” Concepts in Canadian Law » ((2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963) [à la page 966] :

[TRADUCTION] [...] Le Collège de la défense nationale du Canada définissait en 1980 la sécurité nationale comme

la préservation d’un mode de vie acceptable pour la population canadienne, et compatible avec les besoins et les aspirations légitimes d’autrui. Elle comprend le fait d’être à l’abri d’une agression ou coercition militaire, d’une subversion intérieure et de l’érosion des valeurs

economic, and social values which are essential to the quality of life in Canada.

...

A slightly more focused definition of national security has been offered by the U.S. Department of Defense:

National Security is a collective term encompassing both national defence and foreign relations of the United States. Specifically, the condition provided by:

- a) military or defence advantage over any foreign nation or group of nations;
- b) favourable foreign relations position; or
- c) defence posture capable of successfully resisting hostile or destructive action from within or without, overt or covert.

...

Still another definition, one that boils a broad definition of national security, is as follows:

Central to [a] kind of national security policy ... [based on the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and the security of people, national institutions, and freedoms from unlawful harm, armed attacks and other violence] and three principal frameworks: deterrence against attacks; defence against those attacks that you can identify; and then a credible ability to defeat attacks on our national security. [Footnotes omitted.]

[68] From these definitions “national security” means at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada.

[69] This being said, to properly understand the national security claims at issue in this application, some of the grounds on which such claims can succeed must be made known. As a brief overview, the Attorney General submits the following types of information should not be disclosed:

politiques, économiques et sociales qui sont essentielles pour la qualité de la vie au Canada.

[...]

Une définition légèrement plus étroite de la sécurité nationale a été donnée par le Département de la défense des États-Unis :

L’expression « sécurité nationale » est une expression générale englobant à la fois la défense nationale et les relations internationales des États-Unis. Plus précisément, il s’agit de la situation qui est procurée par :

- a) un avantage militaire ou en matière de défense par rapport à une nation étrangère ou à un groupe de nations étrangères;
- b) une position favorable en matière de relations avec l’étranger; ou
- c) une position de défense permettant de résister avec succès à une action hostile ou destructive, venant de l’intérieur ou de l’extérieur, qu’elle soit déclarée ou voilée.

[...]

Puis une autre définition, qui décrit largement ce qu’est la sécurité nationale, est la suivante :

Il faut une sorte de politique en matière de sécurité nationale...[qui soit fondée sur la préservation d’un mode de vie acceptable pour la population canadienne et sur la sécurité de la population, sur les institutions nationales et sur le fait d’être à l’abri d’un préjudice illicite, d’agressions armées et autres actes de violence] et trois cadres principaux : prévention contre les agressions; défense contre les agressions que l’on peut détecter; enfin aptitude crédible à faire échouer les agressions contre notre sécurité nationale. [Notes de bas de pages omises.]

[68] D’après ces définitions, la « sécurité nationale » s’entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada.

[69] Cela dit, pour bien comprendre les allégations fondées sur la sécurité nationale qui sont en cause dans la présente demande, il faut connaître certains des moyens pouvant rendre recevables lesdites allégations. Brièvement, le procureur général dit que les renseignements des genres suivants ne devraient pas être divulgués :

(a) Information collected and within the possession of intelligence agencies and law enforcement agencies (to a certain extent);

(b) Information obtained from foreign intelligence agencies or law enforcement agencies (third-party rule);

(c) Information relating to targets of investigations or persons of interest;

(d) The name of sources, modes of operations, and situation assessments made by intelligence and law enforcement agencies;

(e) Information that if pieced into the general picture may permit a comprehensive understanding of the information being protected (mosaic effect).

I will specifically address the third-party rule, the mosaic effect, and the impact of disclosure on international relations in the paragraphs that follow.

#### (VII) The Third-Party Rule

[70] In order to consolidate and to ensure the steady flow of information, law enforcement and intelligence agencies have historically relied on the third-party rule. This rule is an understanding among information-sharing parties that the providers of the information will maintain control over the information's subsequent disclosure and use. In other words, agencies receiving information under the third-party rule promise not to disclose the information they receive unless they obtain permission from the source. This being said, the third-party rule is one that is sacred among law enforcement and intelligence agencies and is premised on mutual confidence, reliability and trust. X (for the RCMP), an affiant for the applicant, describes this rule in his affidavit as an "understanding among information-sharing partners that the party providing information controls the subsequent dissemination and use of that information beyond the receiving party" (public affidavit of X (for the RCMP), at paragraph 23).

a) renseignements recueillis qui sont en la possession d'agences de renseignement et d'organismes d'application de la loi (jusqu'à un certain point);

b) renseignements obtenus d'agences étrangères de renseignement ou d'organismes étrangers d'application de la loi (règle des tiers);

c) renseignements se rapportant à des cibles d'enquêtes ou à des personnes suscitant un intérêt;

d) noms des sources, modes opérationnels, et évaluations de situations faites par des agences de renseignement et organismes d'application de la loi;

e) renseignements qui, une fois intégrés dans le tableau général, peuvent donner une compréhension globale des renseignements protégés (effet de mosaïque).

J'examinerai tour à tour dans les paragraphes qui suivent la règle des tiers, l'effet de mosaïque et l'incidence d'une divulgation sur les relations internationales.

#### (VII) La règle des tiers

[70] Afin de consolider et de garantir un flux constant de renseignements, les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement s'en sont de tout temps rapportés à la règle des tiers. Cette règle est une entente conclue entre parties qui échangent des renseignements, selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements. Autrement dit, les organismes qui reçoivent des renseignements en application de la règle des tiers promettent de ne pas divulguer les renseignements qu'ils reçoivent sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de la source. Cela dit, la règle des tiers est une règle sacro-sainte parmi les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement, une règle fondée sur la confiance mutuelle, la fiabilité et la loyauté. X (au nom de la GRC), auteur d'un affidavit déposé pour le demandeur, décrit cette règle dans son affidavit comme une [TRADUCTION] « entente entre parties échangeant des renseignements, selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la diffusion et l'utilisation ultérieures de tels

[71] The Attorney General submits that if the third-party rule is breached, the bilateral relationship between the party sharing information and Canada could be detrimentally affected. The Attorney General also submits that because the law enforcement and intelligence communities are relatively small, if Canada is viewed as unreliable and untrustworthy by one country, this view may be adopted by other countries that may have access to information of interest to Canada. As per X (for the RCMP)'s affidavit, strict adherence to the third-party rule is necessary to maintain relationships with law enforcement and intelligence partners so as to continue to receive information from them.

[72] The Attorney General, through its submissions and its affidavits, also explains that under the third-party rule it is possible to seek consent for disclosure from providers of the information. Such consent is generally sought in the law enforcement context, where the receiving agency wishes to press charges based on the information obtained. X (for the RCMP)'s affidavit explains that although a procedure exists for seeking consent to disclosure, if the RCMP were to seek consent to disclose the information in this case, the RCMP's commitment to the third-party rule may be questioned as disclosure would be sought for a purpose other than law enforcement, and therefore outside the general accepted parameters for seeking consent (X (for the RCMP)'s affidavit, at paragraph 42).

[73] The respondent Maher Arar submits that the third-party rule does not apply unless the information obtained by Canada is specifically marked as "confidential," or otherwise designated as being protected by the third-party rule. Thus, only where information is marked as being protected will Canada be required to obtain consent before disclosing such

renseignements au-delà de la partie qui les a reçus » (affidavit public de X (au nom de la GRC), paragraphe 23).

[71] Selon le procureur général, si la règle des tiers est enfreinte, la relation bilatérale entre la partie qui a communiqué les renseignements et le Canada risque d'en souffrir. Le procureur général dit aussi que, parce que les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement sont relativement peu nombreux, si le Canada est perçu par un pays comme un pays auquel on ne peut se fier, cette perception pourrait être adoptée par d'autres pays susceptibles d'avoir accès à des renseignements présentant de l'intérêt pour le Canada. D'après l'affidavit de X (au nom de la GRC), le respect strict de la règle des tiers est nécessaire si l'on veut préserver nos relations avec les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement et continuer de recevoir des renseignements de ces organismes et agences.

[72] Dans ses conclusions et ses affidavits, le procureur général explique aussi que, selon la règle des tiers, il est possible d'obtenir de la source des renseignements un consentement à leur divulgation. Ce consentement est généralement sollicité dans le contexte de l'application de la loi, quand l'organisme qui reçoit les renseignements souhaite engager des poursuites sur la foi des renseignements obtenus. Dans son affidavit, X (au nom de la GRC) explique que, bien qu'il existe une procédure permettant d'obtenir un consentement à la divulgation, si la GRC devait obtenir un consentement à la divulgation des renseignements en l'espèce, l'engagement de la GRC à observer la règle des tiers pourrait être mis en doute puisque la divulgation serait demandée pour une fin autre que l'application de la loi, et donc en dehors des paramètres généralement admis pour l'obtention d'un consentement (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 42).

[73] Le défendeur Maher Arar dit que la règle des tiers ne s'applique pas si les renseignements obtenus par le Canada ne sont pas expressément étiquetés « confidentiels » ou s'ils ne sont pas autrement désignés comme renseignements protégés par la règle des tiers. Ainsi, ce n'est que lorsque les renseignements sont désignés « confidentiels » que le Canada sera tenu

information. Counsel to Mr. Arar referred to the Federal Court of Appeal's decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 which provides an in-depth overview of the third-party rule in the context of the *Access to Information Act*. Justices Létourneau and Robertson writing for the Court, state at paragraphs 101, 103, 110 and 111:

Section 19 is a qualified mandatory exemption: the head of a government institution must refuse to disclose personal information obtained in confidence from another government or an international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. This is generally referred to as the third party exemption.

...  
It is true that the primary thrust of the section 19 exemption is non-disclosure of the information but, as we already mentioned, it is not an absolute prohibition against disclosure. This exemption, like the others, has to be read in the overall context of the Act which favours access to the information held. Subsection 19(2) authorizes the head of a government institution to disclose the information where the third party consents.

...  
In our view, a request by an applicant to the head of a government institution to have access to personal information about him includes a request to the head of that government institution to make reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the information.

This means that the reviewing Judge ought to ensure that CSIS has made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information. If need be, a reasonable period of time should be given by the reviewing Judge to CSIS to comply with the consent requirement of paragraph 19(2)(a).

In summary, the Federal Court of Appeal in *Ruby* indicates that consent to disclosure is necessary to not violate the third-party rule and that law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they made reasonable efforts to obtain consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would

d'obtenir un consentement avant de les divulguer. L'avocat de M. Arar s'est référé à un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589, qui fait un examen détaillé de la règle des tiers dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les juges Létourneau et Robertson, s'exprimant pour la Cour d'appel fédérale, écrivaient ce qui suit, aux paragraphes 101, 103, 110 et 111 :

L'article 19 prévoit une exception obligatoire conditionnelle : le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels obtenus à titre confidentiel d'un autre gouvernement ou d'une organisation internationale d'États à moins que ce gouvernement ou cette institution ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics. C'est ce que l'on appelle généralement l'exception relative aux tiers.

[. . .]

Il est vrai que le but premier de l'exception prévue à l'article 19 est la non-communication de renseignements mais, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue. Cette exception, comme les autres, doit être interprétée dans le contexte général de la Loi, qui favorise la communication des renseignements qui sont conservés. Le paragraphe 19(2) autorise le responsable d'une institution fédérale à communiquer les renseignements si le tiers a donné son consentement.

[. . .]

À notre avis, en demandant au responsable d'une institution fédérale la communication des renseignements personnels le concernant, le demandeur demande également au responsable de cette institution de faire des efforts raisonnables pour obtenir le consentement du tiers qui a fourni les renseignements en question.

Cela veut dire que le juge qui effectue l'examen devrait s'assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers qui avait fourni les renseignements en question. Au besoin, le juge qui effectue l'examen devrait accorder une période raisonnable au SCRS pour lui permettre de se conformer à l'exigence relative au consentement prévue à l'alinéa 19(2)a).

En bref, dans l'arrêt *Ruby*, la Cour d'appel fédérale dit que le consentement à la divulgation est nécessaire au respect de la règle des tiers et que les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement doivent prouver qu'ils ont pris les moyens raisonnables pour obtenir un consentement à la divulgation, ou

be refused if consent to disclosure was sought.

[74] Mr. Arar also argues that the Attorney General provided no specific information as to why seeking consent to disclosure would cause harm to Canada. According to Mr. Arar, the argument that seeking consent to disclosure is different in the law-enforcement context and in the context of a public inquiry is not compelling. Mr. Arar explains that the goals of the Inquiry, namely to look into the potential wrongdoings of Canadian officials in the Arar affair as well as recommend a review mechanism for the RCMP's national security activities, are reasons as compelling as criminal prosecutions for seeking consent to disclosure.

[75] Moreover, Mr. Arar contends that if seeking consent, on its own, amounts to harm, depending on the country from which disclosure is sought, the likelihood of harm may be limited. If the information originates from countries such as the United Kingdom or the United States, or other western democracies, seeking consent is unlikely to cause harm as these countries have legal systems similar to Canada's and therefore understand the role and importance of public inquiries for promoting democratic governance. According to Mr. Arar, this is particularly true of the United States, as the country was approached by the Commission and was invited to participate in the Inquiry, but refused to do so. Finally, Mr. Arar submits that seeking consent to disclosure, on its own, is unlikely to cause harm, especially as the fact that consent is sought does not mean that consent will be given and that the information at issue will be disclosed.

[76] Furthermore, Mr. Arar submits that with respect to other regimes such as Syria, it is unlikely that consent to disclosure would cause further harm to Syria's relationship with Canada. The fact that the Commission substantiated Mr. Arar's claims that he was tortured by Syrian officials and that the Government of Canada has made an official complaint to the Syrian government

prouver qu'une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée.

[74] M. Arar fait aussi valoir que le procureur général n'a donné aucune idée précise de la raison pour laquelle le fait de demander un consentement à la divulgation causerait un préjudice au Canada. Selon M. Arar, l'argument selon lequel la recherche d'un consentement à la divulgation n'a pas le même sens selon que l'on a affaire à l'application de la loi ou à la tenue d'une enquête publique n'est pas convaincant. M. Arar explique que les buts de l'Enquête, c'est-à-dire l'examen des méfaits qu'ont pu commettre les fonctionnaires canadiens dans l'affaire Arar ainsi que la recommandation d'un mécanisme de contrôle des activités de la GRC en matière de sécurité nationale, constituent des raisons aussi impérieuses que des poursuites criminelles de vouloir obtenir un consentement à la divulgation.

[75] Par ailleurs, M. Arar affirme que, si le fait de solliciter un consentement entraîne en tant que tel un préjudice pour le Canada, alors, en fonction du pays auquel tel consentement est demandé, la probabilité du préjudice est sans doute limitée. Si les renseignements viennent de pays tels que le Royaume-Uni ou les États-Unis, ou d'autres démocraties occidentales, l'obtention d'un consentement n'est guère susceptible d'entraîner un préjudice, car ces pays ont des systèmes juridiques semblables à celui du Canada et comprennent par conséquent le rôle et l'importance des enquêtes publiques pour la sauvegarde d'une démocratie. Selon M. Arar, cela est particulièrement vrai pour les États-Unis, puisque ce pays, invité par la Commission à participer à l'Enquête, a décliné l'offre. Finalement, M. Arar dit que la quête d'un consentement à la divulgation est peu susceptible en tant que telle d'entraîner un préjudice, d'autant que la quête d'un tel consentement ne signifie pas que le consentement sera donné et que les renseignements en cause seront divulgués.

[76] En outre, M. Arar dit que, s'agissant d'autres régimes tels que le régime syrien, il est peu probable qu'un consentement à la divulgation desservirait davantage la relation entre la Syrie et le Canada. Le fait que la Commission ait étayé les dires de M. Arar selon lesquels il a été torturé par des fonctionnaires syriens, ajouté au fait que le gouvernement du Canada a déposé

with respect to Mr. Arar's torture while in Syrian jail has probably soured relations between the two countries more than seeking consent to disclosure could.

[77] This being said, in my view the third-party rule is of essence to guarantee the proper functioning of modern police and intelligence agencies. This is particularly true given that organized criminal activities are not restricted to the geographic territory of a particular nation and that recent history has clearly demonstrated that the planning of terrorist activities is not necessarily done in the country where the attack is targeted so as to diminish the possibility of detection. Consequently, the need for relationships with foreign intelligence and policing agencies, as well as robust cooperation and exchanges of information between these agencies, is essential to the proper functioning of policing and intelligence agencies worldwide.

[78] Furthermore, I note that information sharing is particularly important in the Canadian context as it is recognized that our law enforcement and intelligence agencies require information obtained by foreign law enforcement and intelligence agencies in order to nourish their investigations. It has been recognized time and time again that Canada is a net importer of information, or in other words, that Canada is in a deficit situation when compared with the quantity of information it provides to foreign nations. The Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, noted at paragraph 68:

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective.... The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality....

[79] In my view breaching the third-party rule can be compared to the breach of one's contractual obligations.

une plainte officielle auprès du gouvernement syrien à propos de la torture subie par M. Arar alors qu'il était dans une prison syrienne, a probablement contribué à la dégradation des relations entre les deux pays plus que ne pourrait le faire la quête d'un consentement à la divulgation.

[77] Pour autant, la règle des tiers est à mon avis essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi. Cela est d'autant plus vrai que les activités criminelles organisées ne se limitent pas au territoire géographique d'un pays donné et que l'histoire récente a clairement montré que la planification d'activités terroristes n'a pas nécessairement lieu dans le pays visé par l'attaque, réduisant ainsi les possibilités de détection. Par conséquent, des liens étroits avec les agences étrangères de renseignement et d'application de la loi, à quoi s'ajoutent une solide coopération et un échange de renseignements entre telles agences, sont essentiels pour leur bon fonctionnement partout dans le monde.

[78] Par ailleurs, je relève que l'échange de renseignements est particulièrement important dans le contexte canadien car il est reconnu que nos agences de renseignement et d'application de la loi ont besoin des informations obtenues par les agences étrangères de renseignement et d'application de la loi pour pouvoir mener leurs propres enquêtes. Il a été reconnu maintes fois que le Canada est un importateur net de renseignements ou, autrement dit, que le Canada est dans une situation déficitaire lorsqu'on tient compte de la quantité de renseignements qu'il communique aux pays étrangers. La Cour suprême écrivait ce qui suit au paragraphe 68 de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 :

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel [...] Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements [...]

[79] À mon avis, passer outre à la règle des tiers peut se comparer à un manquement à des obligations

In contract law, the effect of a breach of a contract is not necessarily clear at the moment of the breach. However, after a breach occurs numerous possible scenarios may come true. The first being that the innocent party may begin proceedings against the breaching party for damages. The second being that the innocent party takes no outright action; however they view the breaching party as unreliable and untrustworthy which may affect the relationship to varying degrees, the extent of which are generally only known to the innocent party. The third being that nothing occurs. This could happen for various reasons, among them that the contract is viewed as unimportant, the innocent party wished the contract to come to an end, the innocent party is empathetic as they would have taken the same action as the breaching party, etc. In my view these same scenarios are possible where a breach of the third-party rule occurs. If Canada were to breach the third-party rule, depending on the particular circumstances, injury could occur. However, the extent of the harm which may follow would not be easy to assess as it is impossible to predict the future. In other words, a breach of the third-party rule may cause harm and may affect the flow of information to Canada. However, in many cases, only the non-breaching party will fully know the effect of a breach to this rule.

[80] When determining whether disclosure will cause harm, it is also important to consider the nature of Canada's relationship with the law enforcement or intelligence agency from which the information was received. It is recognized that certain agencies are of greater importance to Canada and thus that more must be done to protect our relationship with them. Consequently, care must be taken when considering whether to circumvent the third-party rule in what concerns information obtained from our most important allies.

[81] This being said, the severity of the harm that may be caused by a breach of the third-party rule can be

contractuelles. En droit des contrats, l'effet de la rupture d'un contrat n'est pas nécessairement évident au moment de la rupture. Cependant, après la rupture, de nombreux scénarios possibles peuvent se réaliser. Le premier est que la partie lésée par la rupture pourra introduire une procédure contre la partie à l'origine de la rupture pour obtenir réparation. Le deuxième est que la partie lésée par la rupture n'introduira aucune procédure judiciaire, mais considérera la partie à l'origine de la rupture comme quelqu'un à qui l'on ne peut se fier, ce qui risque de nuire à la relation à des degrés divers, qui sont en général connus seulement de la partie victime de la rupture. Le troisième est l'absence de toute action suite à la rupture. Cela pourra se produire pour diverses raisons, notamment le fait que le contrat est jugé sans importance, le fait que la partie victime de la rupture souhaitait que le contrat prenne fin, ou bien le fait que la partie victime de la rupture se montre compréhensive parce qu'elle aurait pris la même décision que la partie à l'origine de la rupture, etc. Selon moi, ces mêmes scénarios sont possibles en cas de manquement à la règle des tiers. Si le Canada devait enfreindre la règle des tiers, il pourrait en résulter un préjudice, en fonction des circonstances. Cependant, l'étendue du préjudice possible ne serait pas facile à mesurer car il est impossible de prédire l'avenir. Autrement dit, passer outre à la règle des tiers risquerait de causer un préjudice et de compromettre le flux de renseignements que reçoit le Canada. Cependant, dans de nombreux cas, seule la partie innocente connaîtra véritablement l'effet d'un manquement à cette règle.

[80] Lorsqu'on se demande si la divulgation de renseignements causera un préjudice, il importe également de considérer la nature de la relation du Canada avec l'agence de renseignement ou l'agence d'application de la loi d'où proviennent les renseignements. Il est admis que certaines agences présentent une importance plus grande pour le Canada et donc qu'il faut faire davantage pour protéger nos relations avec elles. Par conséquent, il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants.

[81] Cela dit, la gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être

assessed under the third part of the section 38.06 test when the reviewing judge balances the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

#### (VIII) The Mosaic Effect

[82] This Court and numerous others have written at length about the “mosaic effect.” This principle advances that information, which in isolation appears meaningless or trivial, could when fitted together permit a comprehensive understanding of the information being protected. Justice Mosley in *Khawaja*, at paragraph 136 cites *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243; aff'd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.) to describe the “mosaic effect”:

The mosaic effect was aptly described by the Federal Court in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 at para. 30 (T.D.), aff'd, 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.) [*Henrie*] wherein the Court recognized:

**30** It is of some importance to realize than an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security.... [Emphasis added by Mosley J.]

[83] The Attorney General submits that in what concerns the particular information at issue in this application, probable injury would occur if the information is disclosed due to the “mosaic effect.” The affiant X (for the RCMP) explains that “the more limited the dissemination of some of the information, the more likely an informed reader can determine the targets, sources and methods of operation of the agency”

mesurée à la faveur du troisième volet du critère de l'article 38.06, lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

#### VIII) L'effet de mosaïque

[82] La Cour et bien d'autres juridictions se sont exprimées en détail sur l'« effet de mosaïque ». Ce principe pose que des renseignements, qui, pris isolément, paraissent sans signification ou sans valeur, pourraient, combinés les uns aux autres, donner une bonne idée des renseignements qui sont protégés. Dans le jugement *Khawaja*, au paragraphe 136, le juge Mosley se réfère, pour décrire l'« effet de mosaïque », à la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243, confirmée par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL) :

L'effet de mosaïque a été exposé judicieusement par la Cour fédérale dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229, paragraphe 30 (1<sup>re</sup> inst.), confirmé : 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.) [la décision *Henrie*], où la Cour s'est exprimée en ces termes :

**30** Il importe de se rendre compte qu'un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l'observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des déductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale [...] [Souligné par le juge Mosley.]

[83] Selon le procureur général, s'agissant des renseignements particuliers qui sont en cause dans la présente demande, un préjudice sera probablement causé si les renseignements sont divulgués, et cela en raison de l'« effet de mosaïque ». X (au nom de la GRC), dans son affidavit, explique que [TRADUCTION] « un lecteur bien informé sera d'autant mieux à même de déterminer les cibles, les sources et les modes opératoires de

(affidavit of X (for the RCMP), at paragraph 48). Mr. O’Brian, in his affidavit, also explains that CSIS is particularly concerned with the mosaic effect. At paragraphs 32-33 of his affidavit, Mr. O’Brian wrote:

... in the hands of an informed reader, seemingly unrelated pieces of information, which may not in and of themselves be particularly sensitive, can be used to develop a more comprehensive picture when compared with information already known by the recipient or available from another source.

By fitting the information disclosed by the Service with what is already known, the informed reader can determine far more about the Service’s targets and the depth of its knowledge than a document on its face reveals to an uninformed reader. In addition, by [*sic*] having some personal knowledge of the Service’s assessments and conclusions on an individual or the depth, or lack, of its information regarding specific threats would alert some persons to the fact that their activities escaped investigation by the Service.

[84] This being said, the mosaic effect is obviously of concern. However, I agree with my colleague Justice Mosley’s recent conclusion in *Khawaja*, at paragraph 136, that the mosaic effect, on its own, will not usually provide sufficient reason to prevent disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Thus, further evidence will generally be required to convince the Court that a particular piece of information, if disclosed, would be injurious to international relations, national defence or national security. Consequently the Attorney General, at minimum, will have to provide some evidence to convince the Court that disclosure would be injurious due to the mosaic effect. Simply alleging a “mosaic effect” is not sufficient. There must be some basis or reality for such a claim, based on the particulars of a given file.

(IX) The Impact of Disclosure on International Relations

[85] The Attorney General, particularly through the affidavit of Mr. Daniel Livermore, explains how

l’organisme que la diffusion de certains des renseignements sera restreinte » (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 48). Dans son affidavit, M. O’Brian explique également que le SCRS est particulièrement sensible à l’effet de mosaïque. Aux paragraphes 32 et 33 de son affidavit, M. O’Brian écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] dans les mains d’un lecteur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui par eux-mêmes ne sont pas nécessairement très sensibles, pourront servir à dresser un tableau plus détaillé une fois comparés à des renseignements déjà connus du destinataire ou pouvant être obtenus d’une autre source.

En intégrant les renseignements divulgués par le Service à ceux qui sont déjà connus, le lecteur informé pourra en apprendre bien davantage sur les cibles du Service et sur la profondeur de ses connaissances que ce qu’un document révélera à première vue à un lecteur non informé. En outre, une personne qui a une connaissance personnelle des évaluations et conclusions du Service sur un individu, ou une connaissance personnelle de l’ampleur des renseignements du Service, ou de son manque de renseignements, touchant telle ou telle menace, sera en mesure de savoir que ses activités ont échappé à la vigilance du Service.

[84] Cela dit, l’effet de mosaïque est évidemment une notion importante. Toutefois, je souscris à la récente conclusion tirée par mon collègue le juge Mosley dans le jugement *Khawaja*, au paragraphe 136, conclusion selon laquelle l’effet de mosaïque ne saurait en général, par lui-même, constituer une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait pouvoir par ailleurs être qualifié de renseignement anodin. Ainsi, d’autres preuves seront en général nécessaires pour convaincre la Cour qu’un renseignement particulier, s’il était divulgué, serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Par conséquent, le procureur général devra à tout le moins apporter une preuve propre à convaincre la Cour que la divulgation serait préjudiciable en raison de l’effet de mosaïque. Le simple fait d’alléguer un « effet de mosaïque » ne suffit pas. Il doit y avoir un fondement ou une réalité à l’appui d’une telle allégation, compte tenu des éléments du dossier considéré.

IX) Les conséquences de la divulgation sur les relations internationales

[85] Le procureur général, en particulier par l’intermédiaire de l’affidavit de M. Daniel Livermore,

disclosure of information could be injurious to international relations. Below, I have detailed the various effects which the Attorney General claims disclosure would have, as well as the injury following from each of them. I note that some of the injurious effects described do not specifically apply to the factual situation in this application, but for the sake of completeness and for future reference, I have included them in this decision.

(a) Disclosure of Comments made by Foreign Officers

[86] Mr. Livermore in his affidavit writes that in the normal course of diplomatic exchanges, information is provided in confidence to foreign officials with the expectation that such information will remain confidential. Mr. Livermore goes on to state that the release of information acquired by Canada through diplomatic exchanges would undermine Canada's credibility as a privileged interlocutor with the foreign officers and the foreign government in question. Mr. Livermore also suggests that it is international practice that information provided in confidence by foreign officials is to remain confidential and that the names of foreign officials who provide such information are to remain confidential. To do otherwise, according to Mr. Livermore, would severely affect Canada's ability to pursue its foreign policy objectives.

[87] Reid Morden, affiant for the Commission, agrees in part with Mr. Livermore. Mr. Morden in his affidavit states at paragraph 18 that:

Without question, one must exercise judgment before disclosing comments made by foreign officials. This judgment involves weighing the release of the information against the broader public interest. However, this balancing process must be done on a case by case basis.

(b) Public Criticism of Foreign Governments

[88] According to Mr. Livermore, public negative comments made by Canadian diplomats about foreign governments can cause injury. Mr. Livermore, in his affidavit, explains that the fundamental purpose of Canadian diplomatic presence in a country is to maintain

explique en quoi la divulgation des renseignements pourrait être préjudiciable aux relations internationales. J'ai détaillé ci-après les divers effets qu'aurait la divulgation, selon le procureur général, ainsi que le préjudice qui découlerait de chacun d'eux. Je relève que certains des effets préjudiciables évoqués ne s'appliquent pas expressément au contexte de la présente demande, mais, par souci d'exhaustivité, et pour référence future, j'en fais état dans le présent jugement.

a) Divulgence de commentaires faits par des agents étrangers

[86] Dans son affidavit, M. Livermore écrit que, dans le cours normal des échanges diplomatiques, des renseignements sont communiqués à titre confidentiel à des agents étrangers, et il est de règle que tels renseignements restent confidentiels. Puis, M. Livermore écrit que la communication de renseignements acquis par le Canada à la faveur d'échanges diplomatiques mettrait en péril la crédibilité du Canada comme interlocuteur privilégié des agents étrangers et du gouvernement étranger en cause. M. Livermore donne aussi à entendre que, d'après la pratique internationale, les renseignements communiqués à titre confidentiel par des agents étrangers doivent rester confidentiels, tout comme les noms des agents étrangers qui les communiquent. Selon M. Livermore, passer outre à cette pratique compromettrait gravement la capacité du Canada d'atteindre ses objectifs de politique étrangère.

[87] Reid Morden, auteur d'un affidavit déposé au nom de la Commission, souscrit en partie à l'avis de M. Livermore. Il écrit ce qui suit, au paragraphe 18 de son affidavit :

[TRADUCTION] Sans aucun doute, il faut faire preuve de discernement avant de divulguer des observations faites par des agents étrangers. Ce discernement requiert de mettre en balance la communication des renseignements et l'intérêt public général. Toutefois, cette mise en balance doit se faire au cas par cas.

b) Critique publique de gouvernements étrangers

[88] Selon M. Livermore, les commentaires publics défavorables faits par des diplomates canadiens à propos de gouvernements étrangers peuvent causer un préjudice. Dans son affidavit, il explique que l'objet fondamental de la présence diplomatique du Canada

influential channels of communication to protect Canadians and advance a wide range of Canadian interests including the respect for human rights, democracy, and the rule of law. Furthermore, the affiant states that to permit Canadian officials to make public negative comments about a foreign government would diminish Canada's influence in the country at which the comments are aimed, and would diminish Canada's capacity to protect Canadians in distress through consular services.

[89] Mr. Livermore also suggests that the release of confidential assessments of human rights situations of foreign countries, as well as other assessments of situations in foreign countries, may affect the willingness of foreign states to engage with Canada on such issues.

[90] For its part, the Commission submits, through its affiant Reid Morden, that public criticism of a country's human rights record would not necessarily have an adverse impact on Canada's relations with that country or on information sharing. Mr. Morden points to the fact that the United States publicly criticizes countries with poor human rights records and publishes this criticism in report format on the official website of the State Department, yet retains good relations with many of these countries.

(X) If Injury is Found to Exist, which Interest Prevails—the Public Interest in Disclosure or the Public Interest in Non-Disclosure?

[91] The last step of the analysis under section 38.06 of the CEA demands that a reviewing judge consider whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. It must be noted that a judge will normally only undertake such an analysis where an injury to international relations, national defence or national security is found to exist. However, in the present case which involves a commission of inquiry and because of the issues at play, I undertook

dans un pays est d'entretenir des canaux influents de communication afin de protéger les Canadiens et de défendre un large éventail d'intérêts canadiens, notamment le respect des droits de la personne, la démocratie et la primauté du droit. Par ailleurs, M. Livermore écrit dans son affidavit que le fait de permettre aux fonctionnaires canadiens de faire publiquement des commentaires défavorables à propos d'un gouvernement étranger nuirait au prestige du Canada dans le pays visé par les commentaires et réduirait sa capacité de protéger par des services consulaires les Canadiens en difficulté.

[89] M. Livermore croit aussi que la communication d'évaluations confidentielles portant sur le bilan de tel ou tel pays étranger en matière de droits de l'homme, tout comme la communication d'autres évaluations portant sur la situation qui a cours dans un pays étranger, pourraient rendre l'État étranger concerné moins disposé à dialoguer avec le Canada sur les sujets de ce genre.

[90] Pour sa part, la Commission estime, par l'intermédiaire de l'affidavit de Reid Morden, que la critique publique du bilan d'un pays en matière de droits de l'homme n'aurait pas nécessairement de conséquences négatives sur les relations du Canada avec ce pays, ni sur l'échange de renseignements. M. Morden signale que les États-Unis critiquent publiquement des pays où les droits de l'homme sont bafoués et publient leurs évaluations dans des rapports affichés sur le site Web officiel du Département d'État, tout en entretenant de bonnes relations avec nombre de ces pays.

X) S'il y a préjudice, quelles raisons d'intérêt public ont priorité, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ou les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation?

[91] La dernière étape de l'analyse que requiert l'article 38.06 de la LPC oblige le juge chargé du contrôle à se demander si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Il convient de noter que le juge n'entreprendra en principe une telle analyse que s'il conclut à la probabilité d'un préjudice pour les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale. Cependant, dans le

such an analysis even though I concluded that disclosing some of the information would not be injurious.

[92] This being said and keeping in mind that the present application involves a commission of inquiry, the weighing of the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure involves assessing numerous factors. These factors can only be identified after the factual issues at hand are properly understood. Once the factors at play in a particular proceeding are identified, they are individually assessed and then weighed against one another. It is only once this exercise is complete that a proper determination as to whether the public interest favours disclosure or non-disclosure can be made. In the following paragraphs, I will identify some of the factors considered in the present application, keeping in mind that it involves a commission of inquiry.

[93] One factor which was considered was the relevance of the redacted information. In some circumstances, the higher the relevance of the redacted information, the greater the public interest in disclosure and conversely the less relevant the information the greater the public interest in non-disclosure. I reiterate, such an assessment cannot in itself be determinative of the interest since it can only be made after all the factors at play in a particular proceeding are identified and assessed. A second factor which can be considered is the extent of the injury that would occur if the information is disclosed. It may be that the less severe the injury the greater the public interest in disclosure, and conversely the greater the injury the greater the public interest in non-disclosure. As an example, where a human source or an investigative technique would be disclosed, the injury likely to occur would be very grave and therefore the public interest would favour non-disclosure; however, where the only injury is a loss of control of the information, the injury would be less severe and therefore the public interest would tip in favour of disclosure. Again, this assessment is not determinative in itself, as a determination as to whether the public interest lies in disclosure or non-disclosure can only be made after all the factors at play in a particular proceeding are identified and assessed.

cas présent, qui concerne une commission d'enquête, et en raison des questions en jeu, j'ai fait cette analyse alors même que je suis arrivé à la conclusion que la divulgation de certains des renseignements ne serait pas préjudiciable.

[92] Cela dit, et compte tenu que la présente demande se rapporte à une commission d'enquête, la mise en balance des deux ensembles de raisons d'intérêt public requiert d'apprécier de nombreux facteurs. Ces facteurs ne peuvent être inventoriés qu'après que sont bien compris les points de fait en cause. Une fois inventoriés les facteurs en cause dans une procédure donnée, chacun est examiné, puis mis en balance avec les autres. Ce n'est qu'après avoir fait cela que l'on sera en mesure de dire si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation. Dans les paragraphes suivants, j'indiquerai certains des facteurs étudiés dans la présente demande, tout en gardant à l'esprit qu'elle concerne une commission d'enquête.

[93] L'un des facteurs étudiés était la pertinence des renseignements expurgés. Dans certains cas, plus les renseignements expurgés sont pertinents, plus les raisons d'intérêt public qui militent en faveur de la divulgation sont évidentes et, inversement, moins les renseignements expurgés sont pertinents, plus les raisons d'intérêt public qui militent en faveur de la non-divulgation sont évidentes. Je le rappelle, une telle évaluation ne saurait en elle-même déterminer l'intérêt public, puisqu'elle ne peut avoir lieu qu'après que tous les facteurs en cause dans une procédure donnée sont inventoriés et évalués. Un deuxième facteur que l'on peut considérer est l'étendue du préjudice qui résulterait d'une divulgation des renseignements. Il se pourrait que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation soient d'autant plus évidentes que le préjudice sera moindre et, inversement, que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation soient d'autant plus évidentes que le préjudice sera élevé. À titre d'exemple, lorsqu'une source humaine ou une technique d'enquête risque d'être révélée, le préjudice pouvant être causé serait très grave et donc l'intérêt public militerait en faveur de la non-divulgation; cependant, lorsque l'unique préjudice est la perte d'une mainmise sur les renseignements, le préjudice serait moins grave et donc l'intérêt public militerait en faveur de la divulgation.

[94] Below, I have detailed the various interests raised by both respondents in favour of public disclosure. I note that it is impossible to comment on the persuasiveness of the public interest arguments raised in this public judgment. Nonetheless, I can say that I have considered each of these arguments when weighing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

[95] The Commission submits that disclosure is necessary to promote the “open court” principle. Public inquiries play an important role in democracy by ensuring that Government officials are accountable. A commission’s ability to reveal the truth to the public about a particular controversy may allow the public to regain its confidence in governing institutions. The Commission also submits that only through maximum disclosure will the Government be exposed to public scrutiny, which is, according to the Commission “unquestionably the most effective tool in achieving accountability for those whose action [*sic*] are being examined.” (Commission’s memorandum of fact and law, at paragraph 59). Keeping these concepts in mind, it is important to remember that the Commissioner declared himself satisfied with the content of the public report (see paragraph 15 of the present decision). In my view, this opinion is an element to consider when balancing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

[96] The respondent Mr. Arar, for his part, submits that not disclosing the redacted information would undermine the very purpose of calling the Inquiry. According to Mr. Arar, he has a right to know the facts relating to his detention, deportation and torture. Furthermore, he claims that the redactions within the

Encore une fois, cette évaluation n’est pas en soi déterminante, puisque la décision quant à savoir si l’intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation ne peut être prise qu’après que tous les facteurs en cause dans une procédure donnée auront été définis et évalués.

[94] J’ai exposé en détail ci-après les divers intérêts invoqués par les deux défendeurs à l’appui d’une divulgation publique. Je note qu’il m’est impossible de m’exprimer sur la force de persuasion des arguments touchant l’intérêt public qui sont invoqués dans le présent jugement public. Néanmoins, je peux affirmer que j’ai examiné chacun de ces arguments dans la mise en balance des raisons d’intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation.

[95] Selon la Commission, la divulgation est nécessaire pour faire prévaloir le principe de la publicité des débats judiciaires. Les enquêtes publiques jouent un rôle important dans une démocratie puisque, dans le cadre de ces dernières, les fonctionnaires du gouvernement sont appelés à rendre des comptes. L’aptitude d’une commission à révéler la vérité au public à propos de telle ou telle polémique peut avoir pour effet de rétablir la confiance du public dans les institutions qui nous gouvernent. La Commission dit aussi que ce n’est que par un maximum de divulgation que le gouvernement sera exposé à l’examen du public, lequel, selon la Commission, est [TRADUCTION] « indiscutablement l’instrument le plus efficace pour rendre comptables de leurs actes ceux qui sont interrogés » (exposé des faits et du droit présenté par la Commission, paragraphe 59). Ces notions bien comprises, il importe de se rappeler que le commissaire s’est déclaré satisfait du contenu du rapport public (voir paragraphe 15 du présent jugement). Selon moi, cette opinion est un élément à prendre en compte dans la mise en balance des raisons d’intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation.

[96] Le défendeur, M. Arar, pour sa part, dit que la non-divulgation des renseignements expurgés mettrait en péril l’objet même de l’Enquête. Selon M. Arar, il a le droit de connaître les faits liés à sa détention, à son expulsion et aux tortures qu’il a subies. Par ailleurs, il dit que les passages expurgés du rapport public

public report may contain information which is necessary for the public to understand the actions of the RCMP and CSIS in the Arar affair. In particular, he believes that at least some of the redactions relate to the candour of certain CSIS operatives, who may have misled their superiors. Mr. Arar also argues that the redactions conceal the fact that briefings to numerous ministers were inadequate and that the RCMP's investigation and adherence to information-sharing protocols was deficient. Thus, Mr. Arar views disclosure as in the public interest to fully understand the inadequacies of the various organizations and officials who played a role in the Arar affair and to promote transparency and responsible government.

[97] Mr. Arar also submits that disclosure is in the public interest as it would clarify whether “purchased information” produces reliable intelligence upon which action can be taken, especially where such information is obtained by torture. According to Mr. Arar, full disclosure is of essence to determine whether our intelligence services rely on information extracted under torture. According to Mr. Arar, such a determination is important as torture is a crime of universal jurisdiction, and if information obtained through torture is used by intelligence agencies in Canada, these organizations may be considered complicit in torture. Given these submissions, Mr. Arar believes that the Inquiry is “inexorably linked” with the cases of Abdullah Almalki and Ahmed El Maati. Consequently, he feels that disclosure in the Arar Inquiry is necessary for the proper investigation of the Almalki and El Maati affairs and only through disclosure will the “pattern of conduct of Canadian intelligence agencies and the possible use of Syria and other undemocratic regimes as proxy torturers” be disclosed (memorandum of the respondent Maher Arar, dated April 19, 2007, at paragraph 42).

[98] This being said, for the purposes of this proceeding, which considers the application of section 38 of the CEA when dealing with a commission of inquiry, I have identified some non-exhaustive factors

pourraient contenir des renseignements qui sont nécessaires pour que le public comprenne les agissements de la GRC et du SCRS dans l'affaire Arar. Plus précisément, il croit qu'au moins quelques-uns des passages expurgés concernent la sincérité de certains agents du SCRS, qui ont pu induire en erreur leurs supérieurs. M. Arar fait aussi valoir que les passages expurgés dissimulent le fait que l'information communiquée à de nombreux ministres était insuffisante et que l'enquête de la GRC était déficiente, tout comme son adhésion aux protocoles régissant le partage de l'information. M. Arar estime donc que la divulgation est conforme à l'intérêt qu'a le public de comprendre pleinement les carences des diverses organisations et divers fonctionnaires qui ont joué un rôle dans l'affaire le concernant, et de faire prévaloir la transparence et une administration responsable.

[97] M. Arar dit aussi que la divulgation est conforme à l'intérêt public car elle éclaircirait la question de savoir si une « information achetée » produit des renseignements fiables pouvant servir de base à une décision, surtout lorsque telle information est obtenue par la torture. Selon M. Arar, une divulgation complète est essentielle pour savoir si nos services de renseignement se fondent sur des informations extorquées sous la torture. Selon M. Arar, c'est là une question importante car la torture est un crime condamnable à l'échelle universelle et, si de l'information obtenue sous la torture est utilisée par les agences de renseignement au Canada, alors ces organisations pourraient être taxées de complicité d'actes de torture. Vu ces conclusions, M. Arar croit que l'Enquête est « inexorablement liée » aux cas d'Abdullah Almalki et d'Ahmed El Maati. Par conséquent, il croit que la divulgation dans l'Enquête Arar est nécessaire pour un examen en règle des dossiers Almalki et El Maati, et que ce n'est que par la divulgation que pourront être révélées [TRADUCTION] « la conduite généralement adoptée par les agences canadiennes de renseignement et l'utilisation possible de la Syrie et d'autres régimes autoritaires comme tortionnaires par procuration » (mémoire du défendeur Maher Arar, 19 avril 2007, paragraphe 42).

[98] Cela dit, aux fins de la présente instance, qui concerne l'application de l'article 38 de la LPC dans le contexte d'une commission d'enquête, j'ai dressé une liste non exhaustive de quelques facteurs qu'il convient

which must be assessed and weighed against one another to determine whether the public interest lies in disclosure or in non-disclosure:

- (a) The extent of the injury;
- (b) The relevancy of the redacted information to the procedure in which it would be used or the objectives of the body wanting to disclose the information;
- (c) Whether the redacted information is already known to the public, and if so, the manner by which the information made its way into the public domain;
- (d) The importance of the open court principle;
- (e) The importance of the redacted information in the context of the underlying proceeding;
- (f) Whether there are higher interests at stake, such as human rights issues, the right to make a full answer and defence in the criminal context, etc.;
- (g) Whether the redacted information relates to the recommendations of a commission, and if so whether the information is important for a comprehensive understanding of the said recommendation.

[99] I reiterate that the weighing of the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure must consider a number of different factors. It is only once these factors have been properly assessed and weighed against one another that a determination as to disclosure can be made.

#### 6. Brief Comments on the *Ex Parte (In Camera)* Decision

[100] As mentioned at the beginning of this judgment, I am also issuing a twin *ex parte (in camera)* 82 pages (178 paragraphs) decision today. The *ex parte (in camera)* decision considers some of the principles (with the particular situation of the file) overviewed in the public decision. In the end, I have agreed in part with

d'évaluer et de mettre en balance pour savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation :

- a) l'étendue du préjudice;
- b) la pertinence des renseignements expurgés pour la procédure dans laquelle ils seraient utilisés, ou les objectifs de l'organisme qui recherche la divulgation des renseignements;
- c) le point de savoir si les renseignements expurgés sont déjà connus du public et, dans l'affirmative, la manière dont les renseignements sont tombés dans le domaine public;
- d) l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires;
- e) l'importance des renseignements expurgés dans le contexte de la procédure d'origine;
- f) le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple les droits de la personne, le droit de présenter une défense pleine et entière dans le contexte criminel, etc.;
- g) le point de savoir si les renseignements expurgés se rapportent aux recommandations d'une commission et, dans l'affirmative, si les renseignements sont importants pour une bonne compréhension desdites recommandations.

[99] La mise en balance des raisons d'intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation doit, je le rappelle, tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Ce n'est qu'une fois ces facteurs dûment étudiés et mis en balance qu'une décision touchant la divulgation pourra être prise.

#### 6. Brefs commentaires sur la décision *ex parte* (à huis clos)

[100] Comme je le disais au début de ce jugement, je rends également aujourd'hui une décision parallèle *ex parte* (à huis clos) de 82 pages (178 paragraphes). La décision *ex parte* (à huis clos) tient compte de certains des principes (et aussi de la situation particulière du dossier) évoqués dans le jugement public. En définitive,

the Attorney General and in part with the Commission.

j'ai souscrit en partie à l'avis du procureur général et en partie à celui de la Commission.

### 7. Conclusion

[101] For the sake of transparency and to aid in understanding this public judgment, I am including the order issued in the *ex parte (in camera)* judgment, without the table which details my determination on disclosure for each redacted passage. Obviously, the reason why the table is not included is to protect the sensitive information contained in the redacted passages, the whole subject to the right of appeal provided for by the CEA.

### 7. Conclusion

[101] Par souci de transparence, et pour faciliter la compréhension du présent jugement public, je joins l'ordonnance rendue dans le jugement *ex parte* (à huis clos), sans le tableau qui donne le détail de ma décision en matière de divulgation pour chacun des passages expurgés. Naturellement, la non-inclusion du tableau s'explique par la nécessité de protéger les renseignements sensibles contenus dans les passages expurgés, sous réserve du droit d'appel prévu par la LPC.

### ORDER

IN ACCORDANCE WITH SECTIONS 38.04 AND 38.06 OF THE CEA, THIS COURT ORDERS that:

- The information, disclosure of which is identified as not injurious and/or for which the public interest in disclosure prevails, as contained in the table that is part of the *ex parte (in camera)* order (not included in the present public order so as to respect the objectives of the CEA), is authorized for disclosure, the whole subject to the right to appeal the said order as provided in the Act; and

- The remaining information, disclosure of which is identified as injurious and/or for which the public interest in non-disclosure prevails, as contained in the table that is part of the *ex parte (in camera)* order (not included in the present public order so as to respect the objectives of the CEA), not be disclosed, and the present order confirms the prohibition of disclosure thereof.

### ORDONNANCE

CONFORMÉMENT AUX ARTICLES 38.04 ET 38.06 DE LA LPC, LA COUR ORDONNE :

- Les renseignements dont la divulgation est jugée non préjudiciable et/ou à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation ont préséance, qui figurent dans le tableau faisant partie de l'ordonnance *ex parte* (à huis clos) (non comprise dans la présente ordonnance publique afin que soient respectés les objectifs de la LPC), sont autorisés pour divulgation, sous réserve du droit d'appel à l'encontre de ladite ordonnance selon ce que prévoit la Loi.

- Les renseignements restants, dont la divulgation est jugée préjudiciable et/ou à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation ont priorité, qui figurent dans le tableau faisant partie de l'ordonnance *ex parte* (à huis clos) (non comprise dans la présente ordonnance publique afin que soient respectés les objectifs de la LPC), ne sont pas autorisés pour divulgation, et la présente ordonnance confirme l'interdiction de leur divulgation.