

DES-1-10
2010 FC 1106

DES-1-10
2010 CF 1106

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court, Mosley J.—Toronto, April 6; Ottawa, June 23; *in camera*, April 19, 21, May 3, 4, 5, 11 and June 24; Vancouver, November 8, 2010.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 6 avril; Ottawa, 23 juin; à huis clos, 19 et 21 avril, 3, 4, 5 et 11 mai et 24 juin; Vancouver, 8 novembre 2010.

* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-428-10, 2011 FCA 199). The reasons for judgment, handed down June 13, 2011, are published at [2012] 2 F.C.R. 594.

* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-428-10, 2011 CAF 199). Voici la référence de publication des motifs du jugement prononcés le 13 juin 2011 : [2012] 2 R.C.F. 594.

Evidence — Application for order pursuant to Canada Evidence Act, s. 38.06(3) seeking to confirm statutory prohibition on disclosure of information subject of discovery proceedings in Ontario Superior Court of Justice civil case — Respondents seeking damages for detention, torture, breach of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Many of documents disclosed by applicant in context of action containing redactions on basis of potential injury to protected national interests — Applicant also inadvertently producing unredacted Canadian Security Intelligence Service (CSIS) report — Respondents bringing motion in Superior Court of Justice for production of unredacted documents — Issues herein whether: matter should be deferred to Superior Court of Justice; statutory bar to disclosure of information as set out in Act, s. 38.02(1)(a) should be confirmed as provided for in Act, s. 38.06(3) — Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court,

Preuve — Demande d'ordonnance en vertu de l'art. 38.06(3) de la Loi sur la preuve au Canada pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario — Les défendeurs réclamaient des dommages-intérêts à l'égard de leur détention, de leur torture et de la violation des droits que leur garantit la Charte canadienne des droits et libertés — Des renseignements avaient été expurgés de nombre de documents divulgués par le demandeur dans le cadre de l'action au motif qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux intérêts nationaux protégés — De même, le demandeur avait communiqué par inadvertance un rapport établi par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) sans caviardage — Les défendeurs ont saisi la Cour supérieure de justice d'une requête exigeant la production de documents sans caviardage — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour

question of deferral thus irrelevant — As to issue of statutory bar to disclosure of information, three-step process set out in Ribic v. Canada (Attorney General) applied — 1. Most of redacted information relevant to underlying civil actions — 2. No injury demonstrated with regard to certain redacted documents — That information ordered disclosed — Fact that assessment of probable injury not carried out personally by applicant but by departmental official having no bearing on question of whether deference is due that assessment — Review of documents herein properly conducted — Maintenance of Canada's effectiveness in international relations, security investigations, effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of violation of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, also considered, balanced — 3. Where injury established, consideration given as to whether public interest favouring disclosure, if so, whether injury neutralized by disclosing information in summary form — Finally, inadvertent release of CSIS report not constituting waiver of privilege, information therein subject to same three-step analysis under Act, ss. 38–38.16 — Disclosure of certain redacted parts not resulting in injury, public interest favouring disclosure of some other portions — Application allowed in part.

Federal Court Jurisdiction — Respondents arguing, in context of application pursuant to Canada Evidence Act, s. 38.06(3) seeking to confirm prohibition on disclosure of information, that Act not divesting provincial superior courts of jurisdiction to hear issues related to disclosure of information — Whether review of documents subject to claims privilege should be deferred to Superior Court of Justice — Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court — Concerns about expertise, uniformity, security of information underlying grant of exclusive jurisdiction to Federal Court.

devoir s'en remettre à la Cour supérieure de justice et si l'interdiction légale de divulgation de renseignements prévue à l'art. 38.02(1)a de la Loi devrait être confirmée conformément à l'art. 38.06(3) de la Loi — Le législateur fédéral ayant attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale, la question de savoir si la Cour devait s'en remettre à la Cour supérieure n'était donc pas pertinente — S'agissant de l'interdiction légale de divulgation de renseignements, l'analyse en trois étapes énoncée dans Ribic c. Canada (Procureur général) a été appliquée — 1. La majorité des renseignements expurgés étaient pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales — 2. Aucun préjudice n'avait été établi relativement à certains documents expurgés — La Cour a ordonné la communication de ces renseignements — Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le demandeur mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation — L'examen des documents en l'espèce a été effectué convenablement — Le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité et les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ont également été examinés et pris en compte — 3. Lorsqu'un préjudice a été établi, la Cour se penche sur la question de savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation et, si oui, si le préjudice peut être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé — Enfin, la communication par inadvertance du rapport du SCRS n'emporte pas renonciation au privilège; les renseignements en cause sont assujettis à la même analyse en trois étapes en vertu des art. 38 à 38.16 — La divulgation de certains passages expurgés ne causerait pas de préjudice et l'intérêt public militait en faveur de la divulgation d'autres passages — Demande accueillie en partie.

Compétence de la Cour fédérale — Les défendeurs soutenaient, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de l'art. 38.06(3) de la Loi sur la preuve au Canada en vue de confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements, que la Loi ne dépouillait pas les cours supérieures provinciales de la compétence d'instruire des instances civiles en matière de communication de renseignements — Il s'agissait de savoir si les documents qui font l'objet d'une revendication de privilège devraient être soumis à la Cour supérieure de justice — Le législateur fédéral a attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale — Les préoccupations sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements sous-tendent l'octroi d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

Security Intelligence — Canadian Security Intelligence Service Act, s. 18(1)(b) not precluding identification of employee who may take on covert role in future if evidence supporting claim of civil wrong, breach of Canadian Charter of Rights and Freedoms committed — Because Canadian Security Intelligence Service approach in redacting names overbroad, public interest privilege of protecting identity of human sources not applying in every instance.

This was an application for an order pursuant to subsection 38.06(3) of the *Canada Evidence Act* seeking to confirm the statutory prohibition on the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in a civil case.

The principal respondents, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin, filed actions in the Ontario Superior Court of Justice seeking compensatory damages from the Government of Canada for its alleged complicity in their detention and torture in Syria and Egypt and breach of their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). After the parties agreed to conduct mediations, the applicant disclosed approximately 486 documents to respondents' counsel, 290 of which contained redactions, such as the redaction of information subject to a claim of potential injury to national security, national defence or international relations. At the time the documents were produced, no formal notice was provided under section 38.01 of the Act regarding the redacted information and no determination was made by the applicant as to whether the information could be disclosed. The redacted documents were assembled and reviewed by department and agency officials working with the applicant's litigation team. A report (referred to as document 171) prepared by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) was also inadvertently produced to the respondents without redactions but was not returned to the applicant. According to the respondents, this document should be described as a "disclosed document". Subsequently, the respondents brought a motion to the Superior Court for an order requiring the production of documents without redactions.

The respondents stated that issues related to the disclosure of information for which claims of privilege are made should be determined by the Superior Court. They maintained that Parliament could not constitutionally divest provincial superior courts of the jurisdiction to hear civil proceedings through the enactment of the relevant provisions of the *Canada Evidence Act*. The respondents also submitted, *inter*

Renseignement de sécurité — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité n'empêche pas d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées si la preuve appuie la prétention qu'il y a eu un délit civil ou violation de la Charte canadienne des droits et libertés — Parce que la méthode de caviardage suivie par le Service canadien du renseignement de sécurité est trop large, le privilège lié à l'intérêt public visant la protection de l'identité des sources humaines ne s'applique pas dans chaque cas.

Il s'agissait d'une demande d'ordonnance en vertu du paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile.

Les défendeurs principaux, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin, avaient intenté des actions devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour réclamer des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada pour la présumée complicité de ce dernier à l'égard de leur détention et de leur torture en Syrie et en Égypte et de la violation des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Après que les parties ont convenu de recourir à la médiation, le demandeur a communiqué aux avocats des défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés; on avait expurgé des passages dont on affirmait qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Lorsque les documents ont été produits, aucun avis n'avait été donné conformément à l'article 38.01 de la Loi au sujet des renseignements censurés et aucune décision n'avait été prise par le demandeur sur l'opportunité de divulguer les renseignements. Les représentants des ministères et des organismes travaillaient avec l'équipe du contentieux qui représentait le demandeur en vue de passer en revue les documents devant être produits. De même, un rapport (appelé le document 171) établi par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) a été communiqué aux défendeurs par inadvertance sans caviardage, mais il n'a pas été rendu au demandeur. Selon les défendeurs, ce document devrait être qualifié de « document divulgué ». Par la suite, les défendeurs ont saisi la Cour supérieure d'une requête visant l'obtention d'une ordonnance exigeant la production des documents sans caviardage.

Les défendeurs ont affirmé que les questions relatives à la divulgation des renseignements qui font l'objet d'une revendication de privilège devraient être tranchées par la Cour supérieure. Ils soutenaient que le législateur fédéral ne pouvait constitutionnellement dépouiller les cours supérieures provinciales de la compétence d'instruire des instances civiles en édictant les dispositions applicables de la *Loi sur la preuve*

alia, that because the assessment of whether injury would result from disclosure was delegated to officials in the Department of Justice and other departments, the Court should reduce or eliminate any deference it would apply to the applicant's assessment of risk.

At issue was whether review of the documents and the privilege claims should be deferred to the Superior Court of Justice, and whether the statutory bar to disclosure of the information as set out in paragraph 38.02(1)(a) of the Act should be confirmed as provided for in subsection 38.06(3) of the Act.

Held, the application should be allowed in part.

As to whether the matter be deferred to the Superior Court of Justice, the respondents' preference to have the sections 38 to 38.16 issues adjudicated by the Superior Court was legally irrelevant. Parliament assigned that jurisdiction exclusively to the Federal Court. This was an important element in Parliament's decision to implement the recommendations of the Commission of Inquiry Concerning the Activities of the Royal Canadian Mounted Police regarding the adjudication of public privilege issues in relation to national security. The physical security of such information is one of the reasons Parliament chose to centralize adjudication of the disclosure of potentially injurious information in the Court. Concerns about expertise, uniformity, and security of information continue to underlie the grant of exclusive jurisdiction to the Court pursuant to sections 38 to 38.16.

With respect to whether the statutory bar to disclosure of the information should be confirmed, to determine this question, the three-step process set out in *Ribic v. Canada (Attorney General)* was applied to the information at issue.

1. Was the information at issue relevant to the underlying actions?

Applying the standard of relevance as it relates to the discovery process in civil litigation, it was determined that for the most part, the redacted information was relevant to the underlying civil actions.

au Canada. De plus, les défendeurs ont fait valoir, entre autres, que comme l'évaluation de la question de savoir si la divulgation entraînerait un préjudice avait été déléguée à des fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres ministères, la Cour devrait réduire, voire éliminer, la retenue dont elle devrait faire preuve relativement à l'appréciation du risque faite par le demandeur.

La question à trancher était celle de savoir si la Cour devait s'en remettre à la Cour supérieure de justice en ce qui concerne l'examen des documents et des privilèges revendiqués, et si l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui est prévue à l'alinéa 38.02(1)a) de la Loi devrait être confirmée conformément au paragraphe 38.06(3) de la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Pour ce qui est de la question de savoir si la Cour doit s'en remettre à la Cour supérieure de justice, le fait que les défendeurs préfèrent que les questions visées aux articles 38 à 38.16 soient tranchées par la Cour supérieure n'avait aucune pertinence sur le plan juridique. Le législateur fédéral a attribué cette compétence exclusivement à la Cour fédérale. Il s'agissait d'un aspect important de la décision du législateur fédéral de donner suite aux recommandations de la Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada au sujet des décisions portant sur les questions de privilège d'intérêt public ressortissant à la sécurité nationale. La sécurité matérielle de ces renseignements constituait l'une des raisons pour lesquelles le législateur fédéral a choisi de centraliser les décisions portant sur la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables en les confiant à la Cour fédérale. Les préoccupations portant sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements continuent à sous-tendre l'octroi, aux articles 38 à 38.16, d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

Pour ce qui est de la question de savoir si l'interdiction légale de divulgation de renseignements devrait être confirmée, la Cour a appliqué aux renseignements en cause l'analyse en trois étapes énoncée dans l'affaire *Ribic c. Canada (Procureur général)* pour trancher cette question.

1. Les renseignements en question étaient-ils pertinents par rapport aux actions principales?

En appliquant la norme de la pertinence étant donné qu'elle se rapporte à la communication de la preuve dans un litige civil, la Cour a été convaincue que, dans l'ensemble, les renseignements expurgés étaient pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales.

2. Would injury to Canada's national security, national defence or international relations result from disclosure?

The applicant did not meet his onus of demonstrating injury with regard to certain of the redacted information. That information was to be disclosed. What follows are some of the questions that were taken into account under the second step of the *Ribic* test.

The fact that the assessment of probable injury is not carried out personally by the applicant but rather by a departmental official has no bearing on the question of whether deference is due that assessment. The provisions of section 38.01 of the Act are deliberately broad to permit notice to be given that sensitive or potentially injurious information may be disclosed by either a "participant" or an "official". It is incorrect to assume that the term "official" refers solely to an employee of one of the departments or agencies who are legal services clients of the Department of Justice. The legislation does not establish a process in which a claim to sensitivity or potential injury may be raised only by notice from an official who is an employee of a department other than the Department of Justice. A member of the litigation team acting on behalf of the applicant is a "participant" who may give notice, but that does not preclude notice being given by an official who is not a participant in the litigation but is an employee of the Department of Justice. While the exception in paragraph 38.01(6)(c) provides for disclosure to be authorized by the government institution in which, or for which, the information was produced, that provision operates in addition to the general scheme under which the applicant may authorize disclosure. There was nothing improper herein in having members of the litigation team organize the process under which the documents were reviewed by departmental officials. It was also proper for them to make the initial identification of documents in which there might be sensitive or potentially injurious information. The ultimate responsibility to make those claims rests with the applicant, as delegated to his officials. In regards to the inadvertently disclosed documents, the legislative scheme contemplates the use of the notice procedure whether or not information has been disclosed in the past. The Court may then determine whether the past disclosure vitiates or undermines the injury claim or whether the public interest favours further disclosure.

2. La divulgation des renseignements porterait-elle préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales?

Le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice à l'égard de certains des renseignements expurgés. Ces renseignements devaient être communiqués. Le texte qui suit présente certaines des questions qui ont été prises en compte suivant la deuxième étape du critère exposé dans la décision *Ribic*.

Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le demandeur mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation. L'article 38.01 de la Loi a été délibérément rédigé de façon large pour permettre de donner un avis portant que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables risquent d'être divulgués par un « participant » ou par un « fonctionnaire ». Il est inexact de présumer que le terme « fonctionnaire » s'entend uniquement d'un employé d'un des ministères ou des organismes qui sont des clients des services juridiques du ministère de la Justice. La loi ne prévoit pas de procédure qui permet de faire état de l'existence de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables sur simple avis adressé par un fonctionnaire qui est un employé d'un ministère autre que le ministère de la Justice. Le membre d'une équipe du contentieux agissant pour le compte du demandeur est un « participant » qui peut donner un tel avis, ce qui n'empêche pas pour autant un fonctionnaire qui ne participe pas au litige mais qui est par ailleurs employé du ministère de la Justice de donner cet avis. Bien que l'exception prévue à l'alinéa 38.01(6)c) permette à l'institution fédérale qui a produit les renseignements ou pour laquelle ils ont été produits d'autoriser leur divulgation, cette disposition vient compléter le régime général dans le cadre duquel le demandeur peut autoriser la divulgation. Il n'y avait rien d'irrégulier à faire organiser par les membres de l'équipe du contentieux le processus par lequel les documents seraient examinés par les fonctionnaires du ministère. Il convenait aussi qu'ils procèdent à l'identification initiale des documents pouvant contenir des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. C'est au demandeur qu'il revient en fin de compte de formuler ces revendications par le truchement des fonctionnaires qu'il délègue. S'agissant des documents communiqués par inadvertance, le régime législatif prévoit le recours à la procédure d'envoi d'un avis, que ces renseignements aient déjà été divulgués ou non. Il revient ensuite à la Cour de déterminer si la divulgation passée vicie ou mine l'argument relatif à l'existence d'un préjudice ou, si, à tout prendre, l'intérêt public milite en faveur de la divulgation.

The disclosure of information obtained from other governments was of concern to the government departments/agencies involved. This concern was not without substantial foundation, as the maintenance of Canada's effectiveness in international relations and security investigations are public interests of considerable importance. That said, it is also important to consider the effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of a violation of the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, including evidence of engagement in, or complicity in torture. Such a proposition is consistent with Canada's obligations under the Convention. However, recognizing the importance of those obligations does not exclude consideration by the Court of whether there may be alternative means to disclose information in a form, such as a summary, that would minimize any resulting injury.

The applicant's reliance on paragraph 18(1)(b) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* does not, in itself, preclude the identification of an employee who could in the future take on a covert role. But the Court must be cognizant of the fact that CSIS employees may be called upon to perform a covert role whether they have done so in the past or not. If the evidence supports a claim that CSIS employees committed a civil wrong or a Charter violation against the respondents, the Court must also consider their rights to name the employees as individual defendants and to seek discovery from them.

The identity of human sources and the information that would tend to identify them is subject to public interest privilege. However, because the CSIS approach in routinely redacting names is overbroad, that privilege does not apply in every instance to persons who provide information to CSIS.

3. Did the public interest favour disclosure or non-disclosure?

Where injury was established, consideration was given as to whether the respondents had shown that the public interest favoured disclosure. If it did, consideration was given as to whether the injury could be neutralized by disclosing the information in the form of a summary that did not reveal particularly sensitive information such as the names of foreign officials or agencies.

La divulgation de renseignements obtenus d'autres gouvernements préoccupaient les autres ministres ou organismes en cause. Ces craintes n'étaient pas sans fondement puisque le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité constitue un intérêt public d'une très grande importance. Cela dit, il est important d'examiner les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, notamment d'éléments de preuve démontrant qu'il y a eu torture ou complicité à cet égard. Cette proposition va dans le sens des obligations imposées au Canada par la Convention. Cependant, la reconnaissance de l'importance de ces obligations n'exclut pas l'examen par la Cour de la question de savoir s'il peut exister d'autres moyens de divulguer les renseignements sous une forme, comme un résumé, qui minimiserait le préjudice.

Le fait que le demandeur a invoqué l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* n'empêche pas en soi d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées. Mais la Cour doit prendre acte du fait que des employés du SCRS peuvent être appelés à exécuter des activités cachées qu'ils l'aient fait ou non dans le passé. Si la preuve appuie la prétention que des employés du SCRS ont commis contre les défendeurs un délit civil ou ont violé la Charte, la Cour doit également tenir compte de leur droit de désigner les employés comme défendeurs individuels et de chercher à obtenir la communication préalable de documents et de renseignements.

L'identité des sources humaines et les renseignements qui tendraient à les identifier font l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public. Cependant, parce que la méthode de caviardage suivie par le SCRS est trop large, ce privilège ne s'applique pas dans chaque cas aux personnes qui fournissent des renseignements au SCRS.

3. L'intérêt public militait-il en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation?

Lorsque le préjudice a été établi, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si les défendeurs avaient démontré ou non que l'intérêt public militait en faveur de la divulgation. Si tel était le cas, elle s'est demandé si le préjudice pouvait être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé ne révélant pas des renseignements particulièrement sensibles comme le nom de représentants ou d'organismes étrangers.

The CSIS report (document 171)

The disclosure of the CSIS report (document 171) was not deliberate and the circumstances of its release did not constitute a waiver of claimed privilege. The information in that document was therefore subject to the same three-step analysis as the other information at issue. The disclosure of certain redacted parts of the document would not result in injury. With regard to other portions, the public interest favoured disclosure.

Le rapport du SCRS (document 171)

La divulgation du rapport du SCRS (document 171) n'était pas délibérée et les circonstances de la communication des renseignements en question n'emportent pas renonciation au privilège revendiqué. Les renseignements en cause qui se trouvent dans ce document sont par conséquent assujettis à la même analyse en trois étapes que les autres renseignements en litige. La divulgation de certains des passages expurgés du document ne causerait pas de préjudice. En ce qui concerne d'autres passages, l'intérêt public militait en faveur de leur divulgation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13 (as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 107; c. 27, ss. 16, 22; 2006, c. 10, s. 32; 2008, c. 32, s. 26), 15.
- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.2 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140), 38 "potentially injurious information" (as enacted *idem*, s. 43), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01 to 38.16 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144).
- 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. 2(b), 7, 24(1).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 18.
- Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1–16 (1980).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 23 (as am. *idem*, s. 29; 2001, c. 4, s. 47), 27 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31), 34 (as am. *idem*, s. 32; 2006, c. 11, s. 18).
- Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604, ss. 2, 7, 8.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81 (as am. by SOR/2009-331, s. 2), 222(2).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).
- National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

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. 2b), 7, 24(1).
- Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1 à 16 (1980).
- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140), 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte, *idem*, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 à 38.16 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.2 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 23 (mod., *idem*, art. 29; 2001, ch. 4, art. 47), 27 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31), 34 (mod., *idem*, art. 32; 2006, ch. 11, art. 18).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13 (mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 107; ch. 27, art. 16, 22; 2006, ch. 10, art. 32; 2008, ch. 32, art. 26), 15.
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.
- National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).
- Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le*

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1994, Reg. 194, rr. 30.02 (as am. by O. Reg. 438/08, s. 26), 31.06(1) (as am. *idem*, s. 30).

contentieux administratif (tribunaux provinciaux), DORS/91-604, art. 2, 7, 8.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 30.02 (mod. par Règl. de l'Ont. 438/08, art. 26), 31.06(1) (mod., *idem*, art. 30).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81 (mod. par DORS/2009-331, art. 2), 222(2).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 14(1).

International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 19.

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, UN Doc. E/CN.4/1996/39, annex.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 14(1).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 19.

Les Principes de Johannesburg relatifs à la sécurité nationale, à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, Doc. NU E/CN.4/1996/39, annexe.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar), 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248, 72 Admin. L.R. (4th) 68, 316 F.T.R. 279; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2007 FC 128, [2007] 4 F.C.R. 434, 278 D.L.R. (4th) 99, 151 C.R.R. (2d) 74; *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346, revd in part 2007 FCA 342, 228 C.C.C. (3d) 1, 53 C.R. (6th) 107, 370 N.R. 128; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 67, 353 F.T.R. 165; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 476, 368 F.T.R. 156, 88 Imm. L.R. (3d) 195; *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 339 F.T.R. 65.

CONSIDERED:

Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General), 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161, 22 Admin. L.R. 236, 30 C.C.C. (3d) 498; *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910; *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 559; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign &*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2007 CF 128, [2007] 4 R.C.F. 434; *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, conf. par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. en partie, 2007 CAF 342; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 67; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 476; *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General), 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910; *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 55; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218;

Commonwealth Affairs, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589, (2000), 187 D.L.R. (4th) 675, 42 Admin. L.R. (3d) 214, revd on other grounds, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105, 12 Admin. L.R. (5th) 126; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, 325 D.L.R. (4th) 193, 94 C.P.C. (6th) 1; *Parkin v. O'Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2010 FC 733, 372 F.T.R. 309; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285 D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507, 316 F.T.R. 236; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, 253 D.L.R. (4th) 577, 197 C.C.C. (3d) 1; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1052, 122 C.R.R. (2d) 359, 255 F.T.R. 173; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, 175 C.R.R. (2d) 345, 331 F.T.R. 1; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (Ont. Sup. Ct.); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin); *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *certiorari* denied 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010); *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463, (1984), 7 D.L.R. (4th) 144, 3 Admin. L.R. 225 (C.A.); *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753, (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); *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.); *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, (1995), 162 A.R. 272, 27 Alta. L.R. (3d) 1; *Apotex Inc. v. Canada*, 2005 FCA 217, 41 C.P.R. (4th) 97, 337 N.R. 225; *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (Ont. Sup. Ct.); *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877; *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659, (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360, (1983), 33 C.P.C. 230, 70

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2009 CF 1317, [2011] 1 R.C.F. 105; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Parkin v. O'Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2010 CF 733; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (C.S. Ont.); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin); *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *bref de certiorari* refusé 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.); *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.); *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Apotex Inc. c. Canada*, 2005 CAF 217; *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (C.S. Ont.); *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877; *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.); *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.); *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Jose Pereira E*

C.P.R. (2d) 11 (C.A.); *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, (1976), 66 D.L.R. (3d) 660, [1976] 3 W.W.R. 536; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 1; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, 205 D.L.R. (4th) 512, [2002] 2 W.W.R. 409; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154; *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316, (1996), 110 F.T.R. 81 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678, 294 F.T.R. 1; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 161; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 72 Admin. L.R. (4th) 1; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, 95 Admin. L.R. (4th) 25, 194 C.R.R. (2d) 255; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161, 26 C.C.C. (3d) 481.

AUTHORS CITED

Aldrich, Richard J. *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency*. London: Harper Press, 2010.

Aldrich, Richard. "Allied code-breakers co-operate – but not always", *The Guardian*, June 24, 2010, online: <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa>>.

Bingham, John. "Hillary Clinton made security help 'threat' to David Miliband over Binyam Mohamed case", *The Telegraph*, July 29, 2009, online: <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html>>.

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "national defence".

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *First Report: Security and Information*, Ottawa: Supply and Services Canada, October 9, 1979, online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81->

Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 470; *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

DOCTRINE CITÉE

Aldrich, Richard J. *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency*. Londres : Harper Press, 2010.

Aldrich, Richard. « Allied code-breakers co-operate – but not always », *The Guardian*, 24 juin 2010, en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa>>.

Bingham, John. « Hillary Clinton made security help "threat" to David Miliband over Binyam Mohamed case », *The Telegraph*, 29 juillet 2009, en ligne : <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html>>.

Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « national defence ».

Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. *Vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne* (l'honorable John C. Major, c.r., commissaire), Ottawa : La commission, 2010,

- eng/mcdonald1979-81-report1/mcdonald1979-81-report1-eng.pdf>.
- Canada. 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: Minister of Public Works and Government Services, 2006, online: <http://www.pch.gc.ca/cs-kc/arar/Arar_e.pdf>.
- Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy* (Honourable John C. Major, Q.C., Commissioner), Ottawa: The Commission, 2010, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/en/reports/finalreport/default.htm>.
- Canada. *Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin* (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2008, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final_report/final-report-copy-en.pdf>.
- Canada. *Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Supplement to Public Report* (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2010, online: <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-eng.pdf>.
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Review of the Findings and Recommendations Arising from the Iacobucci and O'Connor Inquiries: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, June 2009, online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=E>>.
- Forcese, Craig. "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15 *IRPP Choices* 1, online: <<http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf>>.
- Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Ghardam, Duncan. "Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal", *The Telegraph*, July, 7, 2010, online: <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html>>.
- MacDonald, Alistair. "U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing", *The Wall Street Journal*, February 11, 2010, online: <<http://online.wsj.com/arti>
- en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/fr/reports/finalreport/index.asp>.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Premier rapport : Sécurité et information*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 9 octobre 1979, en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-fra/mcdonald1979-81-rapport1-fra/mcdonald1979-91-rapport1-fra.pdf>>.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, en ligne : <http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar_rec-fra.pdf>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2008, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/pdfs/documents/final-report-copy-fr.pdf>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Supplément au rapport public* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2010, en ligne : <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-fra.pdf>.
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Examen des constats et recommandation émanant des enquêtes Iacobucci et O'Connor : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, juin 2009, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=F>>.
- Forcese, Craig. « Canada's National Security "Complex": Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 *IRPP Choices* 1, en ligne : <<http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf>>.
- Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Ghardam, Duncan. « Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal », *The Telegraph*, 7 juillet 2010, en ligne : <<http://www.telegraph.co.uk/>

cle/SB10001424052748703455804575057550493911866.html>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html>.

MacDonald, Alistair. « U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing », *The Wall Street Journal*, 11 février 2010, en ligne : <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703455804575057550493911866.html>>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for an order pursuant to subsection 38.06(3) of the *Canada Evidence Act* seeking to confirm the statutory prohibition on the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in a civil case. Application allowed in part.

DEMANDE d'ordonnance en vertu du paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile. Demande accueillie en partie.

APPEARANCES

Linda J. Wall and *Catherine A. Lawrence* for applicant.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley and *Owen Rees* for respondents *Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki*, by his litigation guardian *Khuzaimah Kalifah*; *Sajeda Almalki*, by her litigation guardian *Khuzaimah Kalifah*; *Muaz Almalki*, by his litigation guardian *Khuzaimah Kalifah*; *Zakariyya Almalki*, by his litigation guardian *Khuzaimah Kalifah*; *Nadim Almalki* and *Fatima Almalki*.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees and *Barbara L. Jackman* for respondents *Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash* and *Rasha Abou-Elmaati*.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees, Barbara L. Jackman and *Hadayt Nazami* for respondents *Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin*.

François Dadour and *Bernard Grenier* as *amici curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

ONT COMPARU

Linda J. Wall et *Catherine A. Lawrence* pour le demandeur.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley et *Owen Rees* pour les défendeurs *Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki*, représenté par son tuteur à l'instance *Khuzaimah Kalifah*; *Sajeda Almalki*, représentée par son tuteur à l'instance *Khuzaimah Kalifah*; *Muaz Almalki*, représenté par son tuteur à l'instance *Khuzaimah Kalifah*; *Zakariyya Almalki*, représenté par son tuteur à l'instance *Khuzaimah Kalifah*; *Nadim Almalki* et *Fatima Almalki*.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees et *Barbara L. Jackman* pour les défendeurs *Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash* et *Rasha Abou-Elmaati*.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees, Barbara L. Jackman et *Hadayt Nazami* pour les défendeurs *Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin*.

François Dadour et *Bernard Grenier* à titre d'intervenants désintéressés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Stockwoods LLP and Jackman & Associates,
Toronto, for respondents.

Stockwoods LLP et Jackman & Associates, Toronto,
pour les défendeurs.

The following are the public reasons for judgment and judgment rendered in English by

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

[1] MOSLEY J.: The Attorney General of Canada has applied for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in actions filed by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. The application is brought in the Federal Court under section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).

[1] LE JUGE MOSLEY : Le procureur général du Canada a présenté une demande d'ordonnance relativement à la divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans diverses actions introduites par les défendeurs devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La demande est soumise à la Cour fédérale en vertu de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi).

[2] The information in question is being withheld from the respondents pursuant to a statutory prohibition on disclosure set out in paragraph 38.02(1)(a) [as enacted *idem*, s. 43] of the Act. The Attorney General seeks to have the prohibition confirmed by the Court. Alternatively, the Attorney General requests that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) [as enacted *idem*] of the Act to disclose the information in a form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations.

[2] La divulgation des renseignements en question est refusée aux défendeurs en vertu de l'interdiction légale de divulgation prévue à l'alinéa 38.02(1)a [édicte, *idem*, art. 43] de la Loi. Le procureur général demande à la Cour de confirmer cette interdiction. À titre subsidiaire, le procureur général demande à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*] de la Loi en ordonnant la divulgation des renseignements en la forme et aux conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[3] The respondents request an order authorizing the disclosure of all of the information that the applicant seeks to withhold. Where grounds sufficient to warrant a lesser remedy are established, the respondents ask that the Court use the available alternative options in the manner that best meets the public interest including their interests in obtaining disclosure to the fullest degree possible in each case.

[3] Les défendeurs demandent une ordonnance autorisant la divulgation de tous les renseignements dont le demandeur cherche à refuser la communication. Les défendeurs demandent à la Cour, dans les cas où l'existence de motifs suffisants pour justifier l'octroi d'une réparation moindre aura été établie, de recourir aux solutions de rechange qui s'offrent à elle de la manière qui réponde le mieux aux intérêts du public tout en tenant compte de leur intérêt à obtenir la divulgation la plus complète dans chaque cas.

[4] In these reasons, I outline the background to the application, describe the applicable legal framework, and discuss the legal issues raised by the parties and the principles that I have applied in determining whether the information should or should not be disclosed. A private order has been signed and filed in the Federal Court's

[4] Dans les présents motifs, je vais relater l'historique de l'instance, définir le cadre juridique applicable et analyser les questions de droit soulevées par les parties ainsi que les principes que j'ai appliqués pour déterminer si les renseignements devraient ou non être divulgués. Une ordonnance confidentielle a été signée et

Designated Proceedings Registry setting out the specific findings I have made regarding the information in question. The order authorizes the disclosure of certain of the withheld information, either in full text or summary form, and confirms the non-disclosure of the remainder. This order has been provided to the Attorney General in accordance with subsection 38.02(2)(b) [as enacted *idem*] to allow the applicant the time specified in section 38.09 [as enacted *idem*] of the Act to determine whether to appeal.

[5] For convenience, reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the Act.

BACKGROUND

[6] In the actions filed in the Superior Court of Justice, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (the principal respondents), joined by members of their families, seek compensatory damages from the Government of Canada for, among other things, alleged complicity in their detention and torture in Syria (and Egypt, in the case of Mr. Elmaati) and breach of their rights under 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). The Attorney General of Canada is the representative defendant on behalf of the public servants and government departments and agencies alleged to be responsible for the harms suffered by the respondents pursuant to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)], section 23 [as am. *idem*, s. 29; 2001, c. 4, s. 47].

[7] The respondents' claims were initiated following the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (the O'Connor Commission), and the consequent report [*Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and*

a été déposée au greffe des instances désignées de la Cour fédérale. On y trouve les conclusions précises que j'ai tirées au sujet des renseignements en question. L'ordonnance autorise la divulgation intégrale ou sous forme de résumé de certains des renseignements refusés, et elle confirme la non-divulgence du reste des renseignements. Cette ordonnance a été transmise au procureur général conformément à l'alinéa 38.02(2)b) [édicte, *idem*] pour accorder au demandeur le délai prévu à l'article 38.09 [édicte, *idem*] de la Loi pour décider de l'opportunité d'interjeter appel.

[5] Par souci de commodité, toute mention de l'article 38 dans les présents motifs s'entend des articles 38 à 38.16 [édicte, *idem*, art. 43, 141] de la Loi.

HISTORIQUE DE L'INSTANCE

[6] Dans les actions intentées devant la Cour supérieure de justice, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (les défendeurs principaux) réclament, de concert avec des membres de leurs familles, des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada notamment pour la présumée complicité de ce dernier à l'égard de leur détention et de leur torture en Syrie (et en Égypte, dans le cas de M. Elmaati) et de la violation des droits que leur garantit 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). Le procureur général du Canada représente les fonctionnaires et les ministères et organismes gouvernementaux qui devraient répondre du préjudice subi par les défendeurs aux termes de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)], article 23 [mod., *idem*, art. 29; 2001, ch. 4, art. 47].

[7] Les défendeurs ont introduit leurs demandes dans la foulée de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (la Commission O'Connor) et du rapport publié par la suite [*Rapport sur les événements*

Recommendations, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2006] (the O'Connor Report). In his report, Mr. Justice Dennis O'Connor recommended that the cases of the three principal respondents be reviewed, but in a manner more appropriate than a full-scale public inquiry because of the national security issues involved.

[8] As a result, the Honourable Frank Iacobucci, Q.C., was appointed to conduct the Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (the Iacobucci Inquiry). The mandate of the Iacobucci Inquiry was to examine the actions of Canadian officials relating to Mr. Almalki, Mr. Elmaati and Mr. Nureddin, who were detained and mistreated in Syria and also, in the case of Mr. Elmaati, in Egypt during the period 2001 to 2004 to determine: (1) whether the detention and any mistreatment of the three men resulted, directly or indirectly, from the actions of Canadian officials (particularly in relation to the sharing of information with foreign countries); (2) whether, if so, those actions were deficient in the circumstances; and (3) whether there were any deficiencies in the provision by Canadian officials of consular services to the three men while they were in detention.

[9] Commissioner Iacobucci's report was released in October 2008 [*Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services] (the Iacobucci Report). A supplementary report was released on February 23, 2010 [*Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Supplement to Public Report*, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services] in which Commissioner Iacobucci provided additional information that could not be disclosed at the time the public report was released because of government concerns that disclosure of the information in the manner then proposed would be injurious to national defence,

concernant Maher Arar : Analyse et recommandations, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006] (le rapport O'Connor). Dans son rapport, le juge Dennis O'Connor recommandait que le cas des trois défendeurs principaux soit réexaminé, mais qu'il le soit d'une manière plus appropriée qu'une enquête publique en bonne et due forme en raison des questions de sécurité nationale en jeu.

[8] En conséquence, l'honorable Frank Iacobucci, c.r., a été désigné pour présider l'Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (l'enquête Iacobucci). Aux termes du mandat qui lui a été confié, le commissaire Iacobucci devait examiner les agissements des fonctionnaires envers MM. Almalki, Elmaati et Nureddin, qui avaient été détenus et avaient été maltraités en Syrie, mais aussi en Égypte, dans le cas de M. Elmaati, entre 2001 et 2004, pour établir : 1) si la détention et les sévices subis par les trois hommes en question résultaient, directement ou indirectement, des actions de responsables canadiens (particulièrement en ce qui a trait à l'échange de renseignements avec des pays étrangers); 2) dans l'affirmative, si ces actions comportaient des lacunes dans les circonstances; 3) s'il y avait eu un manquement dans les actions prises par les responsables canadiens pour fournir des services consulaires à ces trois hommes au cours de leur détention.

[9] Le rapport du commissaire Iacobucci a été publié en octobre 2008 [*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux] (le rapport Iacobucci). Un supplément au rapport a été publié le 23 février 2010 [*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Supplément au rapport public*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux]; le commissaire Iacobucci y fournissait des renseignements complémentaires qui ne pouvaient pas être divulgués au moment où le rapport public avait été communiqué en raison des craintes du gouvernement que la divulgation

national security or international relations (the Supplementary Report).

[10] Commissioner Iacobucci's Terms of Reference directed him, among other things, to submit a confidential report setting out his determinations and a separate report suitable for public release. He was directed to not disclose information in the public report that would be injurious to international relations, national defence, national security or the conduct of any investigation or proceeding. As Commissioner Iacobucci noted, this language is similar to that used in section 38. In determining what information could be released publicly, Commissioner Iacobucci was guided by the approach taken in the O'Connor Inquiry Report and the factors identified by Justice Simon Noël in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248 (*Arar*). If Commissioner Iacobucci disagreed with the position taken by the government, under the terms of reference he could notify the Attorney General, in which case the notice could lead to a proceeding in the Federal Court under section 38 of the *Canada Evidence Act* to resolve the matter.

[11] With one exception, Commissioner Iacobucci was satisfied that the confidential information omitted from the public version of his report was properly subject to national security confidentiality. Commissioner Iacobucci gave notice to the Attorney General with respect to the exception. The issue was ultimately resolved following extensive further discussions resulting in the disclosure of additional information in the form of a summary. This was addressed in the Supplementary Report released in February 2010.

[12] In response to requests for production of documents by Commission counsel, the Attorney General of Canada produced some 40 000 documents to the Inquiry. These were provided without redactions, with the

de renseignements de la manière qui était alors proposée porte préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales (le Supplément au rapport public).

[10] Le mandat du commissaire Iacobucci le chargeait notamment de soumettre un rapport confidentiel ainsi qu'un rapport distinct pouvant être rendu public. Le rapport public ne pouvait dévoiler des renseignements susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ou à la conduite de toute enquête ou procédure. Ainsi que le commissaire Iacobucci l'a signalé, cette formulation ressemblait à celle que l'on trouve à l'article 38. Pour déterminer si des renseignements pouvaient être communiqués au public, le commissaire Iacobucci s'est inspiré de la démarche suivie dans le rapport d'enquête O'Connor et par les facteurs énoncés par le juge Simon Noël dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248 (la décision *Arar*). Advenant le cas où il n'était pas d'accord avec la position adoptée par le gouvernement, le commissaire Iacobucci pouvait, en vertu de son mandat, aviser le procureur général, auquel cas cet avis pouvait donner lieu à une instance devant la Cour fédérale en vue de trancher la question conformément à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[11] À une exception près, le commissaire Iacobucci s'est dit convaincu que c'était à juste titre que les renseignements confidentiels omis de la version publique de son rapport étaient considérés comme confidentiels pour des raisons de sécurité nationale. Le commissaire Iacobucci a donné un avis au procureur général au sujet de cette exception. La question a finalement été tranchée à la suite d'autres discussions approfondies qui se sont soldées par la divulgation des renseignements complémentaires sous forme de résumé dans le Supplément au rapport public publié en février 2010.

[12] En réponse aux demandes de production de documents formulées par les avocats de la Commission, le procureur général du Canada a produit quelque 40 000 documents à la commission d'enquête. Ces documents

exception of certain documents subject to privilege or immunity and information that might disclose the name of a foreign human source.

[13] Proceedings with respect to the respondents' claims in the Superior Court of Justice were held in abeyance pending the outcome of the Iacobucci Inquiry and resumed following the issuance of the Report. In April 2009, the parties agreed to conduct mediations in the fall of 2009. To that end, in July 2009, counsel to the Attorney General disclosed approximately 486 documents to respondents' counsel, of which 290 contained redactions. The 486 documents had been specifically requested by respondents' counsel because of references in the Iacobucci Report to information which the documents contain.

[14] In the 290 documents, information subject to a claim of potential injury to national security, national defence, and international relations is redacted by being blacked out. In addition, there are white redactions blocking the disclosure of information which the applicant considers irrelevant to the litigation or subject to claims of privilege under sections 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140] and 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144] of the Act or solicitor-client privilege. Those issues will be dealt with by the Superior Court of Justice. In these reasons, references to "redacted content" mean only the information subject to section 38 claims.

[15] When the documents were produced in July 2009, no formal notice had been provided under the Act regarding the redacted information and no determination had been made by the Attorney General as to whether the information could be disclosed. Departmental and agency officials worked with the litigation team acting on behalf of the Attorney General to review the documents assembled for production and to identify information which could be considered "potentially injurious" or "sensitive" and thus possibly subject to claims of public interest privilege under section 38.

ont été communiqués sans caviardage, à l'exception de certains documents faisant l'objet d'un privilège ou d'une immunité et à l'exception des renseignements susceptibles de révéler le nom d'une source humaine étrangère.

[13] Les instances introduites par les défendeurs devant la Cour supérieure de justice ont été suspendues en attendant l'issue de l'enquête Iacobucci et elles ont été reprises à la suite de la publication du rapport. En avril 2009, les parties ont convenu de recourir à la médiation à l'automne 2009. À cette fin, en juillet 2009, les avocats du procureur général ont communiqué aux avocats des défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés. Les 486 documents avaient été explicitement réclamés par les avocats des défendeurs parce que le rapport Iacobucci faisait mention de renseignements contenus dans ces documents.

[14] Dans les 290 documents en question, on avait noirci les passages dont on affirmait qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. On avait également caviardé en blanc des passages qui, selon le demandeur, n'avaient pas rapport au litige ou faisaient l'objet de revendications de privilège en vertu des articles 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140] et 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la Loi ou étaient assujettis au secret professionnel de l'avocat. Ces questions seront examinées par la Cour supérieure de justice. Dans les présents motifs, on entend par « passages expurgés » uniquement les renseignements faisant l'objet de revendications fondées sur l'article 38.

[15] Lorsque les documents ont été produits en juillet 2009, aucun avis officiel n'avait été donné conformément à la Loi au sujet des renseignements censurés et aucune décision n'avait été prise par le procureur général sur l'opportunité de divulguer les renseignements. Les représentants des ministères et des organismes travaillaient avec l'équipe du contentieux qui représentait le procureur général en vue de passer en revue les documents devant être produits et d'identifier les renseignements qui pourraient être considérés comme « potentiellement préjudiciables » ou « sensibles » et qui

[16] One document, which is now found at Tab 171 in the series before the Court, was produced to the respondents without any redactions. It is a report prepared by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service). On August 18, 2009, a CSIS lawyer advised a senior Department of Justice official that document 171 had been released inadvertently and that notice was being given to the Attorney General pursuant to section 38.01 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] that the document contained sensitive information. By letter of the same date, counsel for the Attorney General wrote to counsel for the Elmaati respondents demanding the return of the document. The document was not returned. The Attorney General subsequently authorized disclosure of a redacted version of document 171 which was produced to the respondents on September 9, 2009. Further revisions “lifting” portions of the redactions were authorized by the Attorney General in the version filed with the Court on March 19, 2010 and provided to the respondents.

[17] The applicant refers to document 171 as an inadvertently disclosed document. The respondents say it should properly be described as a “disclosed document”. I will refer to it as document 171. The content of this document is related to the subject-matter of Commissioner Iacobucci’s February 2010 Supplementary Report. The evidence is that document 171 had been collected by the litigation team in the process of responding to the request for production and that it was not reviewed by CSIS officials prior to its disclosure on July 19, 2009.

[18] For reasons which are unknown to this Court and are not, presumably, material to these proceedings, the mediation did not proceed as planned in November 2009 and the litigation resumed. On January 15, 2010, the Elmaati respondents brought a motion in the Superior Court of Justice for an order requiring the production of documents without redactions and in the alternative to

étaient donc susceptibles de faire l’objet d’une revendication de privilège fondée sur l’intérêt public en vertu de l’article 38.

[16] Un document, qui se trouve maintenant à l’onglet 171 du dossier soumis à la Cour, a été communiqué sans caviardage aux défendeurs. Il s’agit d’un rapport rédigé par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service). Le 18 août 2009, un avocat du SCRS a informé un haut fonctionnaire du ministère de la Justice que le document 171 avait été communiqué par inadvertance et qu’avis était donné au procureur général, conformément à l’article 38.01 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], que ce document renfermait des renseignements sensibles. Par lettre datée du même jour, les avocats du procureur général ont écrit à l’avocat des défendeurs Elmaati pour exiger la restitution du document. Le document ne leur a pas été rendu. Le procureur général a par la suite autorisé la divulgation d’une version expurgée du document 171, qui a été communiquée aux défendeurs le 9 septembre 2009. À la suite d’autres révisions, une version dans laquelle certains des passages expurgés étaient réintégrés à la suite de l’autorisation du procureur général a été déposée auprès de la Cour le 19 mars 2010 et a été communiquée aux défendeurs.

[17] Suivant le demandeur, le document 171 a été divulgué par inadvertance. Les défendeurs affirment qu’il devrait être à juste titre qualifié de « document divulgué ». Je vais le désigner sous le nom de document 171. Ce document porte sur l’objet du Supplément au rapport public publié par le commissaire Iacobucci en février 2010. Suivant la preuve, le document 171 avait été colligé par l’équipe du contentieux lorsqu’elle tentait de répondre à la demande de production et les fonctionnaires du SCRS ne l’ont pas examiné avant sa divulgation, le 19 juillet 2009.

[18] Pour des raisons que la Cour ignore et qui ne tirent vraisemblablement pas à conséquence en l’espèce, la médiation prévue pour novembre 2009 n’a pas eu lieu et le procès a repris. Le 15 janvier 2010, les défendeurs Elmaati ont saisi la Cour supérieure de justice d’une requête visant l’obtention d’une ordonnance exigeant la production des documents sans caviardage ou, à titre

strike out the Attorney General's statement of defence. It was understood that the outcome would apply to the three actions. Document 171 was filed as an exhibit on the motion in a sealed envelope: Exhibit B to the January 15, 2010 Mudryk affidavit.

[19] On January 18, 2010, a second notice was given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) that 289 documents of which full discovery was sought in the Superior Court of Justice actions contained sensitive or potentially injurious information the disclosure of which could harm international relations and/or national security. In a decision made in March 2010, the number of documents for which protection was sought was reduced to 268 as the Attorney General authorized additional disclosures. Such decisions are not made personally by the Attorney General. The evidence is that the Attorney General's authority to act in section 38 matters is delegated to two senior officials in the Department of Justice.

[20] A confidential notice of application pursuant to section 38.04 was filed on February 2, 2010 together with a notice of motion and motion record seeking direction from the Court. Counsel for the parties appeared by conference call before Chief Justice Allan Lutfy on February 4, 2010 and on several subsequent dates for case management purposes.

[21] As directed by the Chief Justice, a public notice of application was filed on February 9, 2010 and these proceedings have been treated as presumptively public since then, save for the portion of the proceedings which has taken place *ex parte* and *in camera*, in keeping with the ruling in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2007 FC 128, [2007] 4 F.C.R. 434 (*Toronto Star*) which I have adopted and applied.

[22] Pursuant to section 38.05 [as enacted *idem*] of the Act, notice of the application was given to Regional Senior Justice Charles Hackland, case management

subsidaire, la radiation de la défense du procureur général. Il était convenu que la décision rendue en réponse à cette requête vaudrait pour les trois actions. Le document 171 a été annexé à la requête dans une enveloppe scellée. Il s'agit de l'annexe B de l'affidavit souscrit le 15 janvier 2010 par M. Mudryk.

[19] Le 18 janvier 2010, un second avis a été donné au procureur général en vertu du paragraphe 38.01(1) pour lui faire savoir que 289 documents dont la communication intégrale était réclamée devant la Cour supérieure de justice contenaient des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables dont la divulgation serait susceptible de porter préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale, ou aux deux. Aux termes d'une décision rendue en mars 2010, le nombre de documents dont la protection était demandée a été ramené à 268 étant donné que le procureur général avait autorisé la divulgation d'autres documents. Les décisions à cet égard ne sont pas prises personnellement par le procureur général. Suivant la preuve, le pouvoir d'agir du procureur général en ce qui concerne les questions visées à l'article 38 est délégué à deux hauts fonctionnaires du ministère de la Justice.

[20] Un avis de demande confidentiel a été déposé le 2 février 2010 conformément à l'article 38.04 avec un avis de requête et un dossier de requête réclamant des directives de la Cour. Les avocats des parties ont comparu par voie de conférence téléphonique devant le juge en chef Allan Lutfy le 4 février 2010 et à plusieurs dates par la suite aux fins de la gestion de l'instance.

[21] Conformément aux directives données par le juge en chef, un avis de demande public a été déposé le 9 février 2010 et la présente instance a été présumée être publique, sauf pour la partie de l'audience qui s'est déroulée *ex parte* et à huis clos, le tout en conformité avec la décision rendue dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2007 CF 128, [2007] 4 R.C.F. 434 (la décision *Toronto Star*), que j'ai adoptée et appliquée.

[22] Conformément à l'article 38.05 [édicte, *idem*] de la Loi, un avis de la demande a été envoyé au juge régional principal Charles Hackland, le juge chargé de la

Judge for the Almalki action before the Superior Court of Justice in Ottawa, and to Mr. Justice Paul Perell, case management Judge for the Elmaati and Nureddin actions in Toronto.

[23] In response to the Elmaati motion for production, the Attorney General raised a preliminary objection that the Superior Court of Justice lacked the jurisdiction to grant the relief sought, given the grant of jurisdiction to the Federal Court in section 38. In response, Mr. Elmaati filed a motion on March 12, 2010, challenging the constitutionality of section 38. The two motions were heard by Mr. Justice Perell on March 25, 2010. His decision allowing the constitutional challenge but dismissing the motion for production was issued on April 8, 2010: *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424 (*Abou-Elmaati*).

[24] Mr. Justice Perell held that where a claim is made to enforce the Constitution Act, including the Charter in a civil proceeding, section 38 of the *Canada Evidence Act* does not preclude a judge of the Superior Court of Justice from judicially reviewing a claim of Crown privilege at the trial of an action or the hearing of an application on the grounds of national security, national defence, and international relations. He concluded, however, that during the interlocutory stages of a proceeding it is within the constitutional authority of the Federal Parliament to oust any jurisdiction that the Superior Court may have to review the Federal Government's claims of Crown privilege and to place it with the Federal Court: *Abou-Elmaati*, above, at paragraphs 109–112.

[25] An appeal and cross-appeal have been filed by the parties from Justice Perell's decision. The respondents take the position that this Court should defer its review of the documents and privilege claims in issue to the Superior Court of Justice if that Court is found on the appeal and cross-appeal to also have inherent and constitutionally protected jurisdiction to conduct a section 38 review.

gestion de l'instance dans l'action Almalki intentée devant la Cour supérieure de justice à Ottawa, ainsi qu'au juge Paul Perell, le juge chargé de la gestion de l'instance dans les actions Elmaati et Nureddin à Toronto.

[23] En réponse à la requête en production d'Elmaati, le procureur général a soulevé une exception préliminaire par laquelle il déclinait la compétence de la Cour supérieure de justice pour accorder la réparation demandée, compte tenu de la compétence conférée à la Cour fédérale par l'article 38. En réponse, M. Elmaati a déposé le 12 mars 2010 une requête par laquelle il contestait la constitutionnalité de l'article 38. Les deux requêtes ont été instruites le 25 mars 2010 par le juge Perell qui, le 8 avril 2010, a fait droit à la contestation constitutionnelle, mais a rejeté la requête en production (*Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 425 (la décision *Abou-Elmaati*)).

[24] Le juge Perell a estimé que, dans le cas d'une demande visant à faire appliquer la Loi constitutionnelle, y compris la Charte, dans le cadre d'une instance civile, l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'empêchait pas un juge de la Cour supérieure de justice de procéder au contrôle judiciaire d'une revendication de privilège de la Couronne lors de l'instruction de l'action ou d'une demande fondée sur des motifs liés aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales. Il a toutefois conclu qu'au cours des étapes interlocutoires d'une instance, la Constitution conférait au législateur fédéral le pouvoir d'écarter la compétence que la Cour supérieure peut avoir pour contrôler les revendications de secret d'intérêt public du gouvernement fédéral et pour les faire relever de la Cour fédérale (décision *Abou-Elmaati*, précitée, aux paragraphes 109 à 112).

[25] Un appel et un appel incident ont été formés par les parties à l'encontre de la décision du juge Perell. Les défendeurs adoptent le point de vue que notre Cour devrait s'en remettre à l'examen des documents et des revendications de privilège en question que fera la Cour supérieure de justice s'il est jugé, à la suite de l'appel et de l'appel incident, que cette juridiction possède la compétence inhérente ainsi qu'une compétence protégée par la Constitution pour procéder à l'examen prévu à l'article 38.

[26] In these proceedings, evidence was filed by the Attorney General in support of the application in the form of public and private *ex parte* affidavits. The affidavits were made by officials representing the several departments and agencies from which the documents originated. The affiants, for the most part, do not have personal knowledge of the events or facts described in the documents or familiarity with the O'Connor and Iacobucci Reports. With certain exceptions, the public affiants did not review the redacted content of the documents prior to making their affidavits. Their evidence referred in general terms to the type of information relating to national security, national defence and international relations for which protection was sought. The private affiants had knowledge of the redacted content and described the risks of injury claimed by the Attorney General with reference to that content.

[27] The respondents filed an affidavit with extensive exhibit evidence (the Mudryk affidavit) in opposition to the application. This evidence related primarily to the claims filed in the Ontario Superior Court of Justice, the Inquiry Reports and the document redactions.

[28] A motion for the appointment of an *amicus curiae* was filed by the respondents on March 19, 2010. Having considered the written and oral representations of the parties as to the necessity for such an appointment and choice of suitable candidates, on March 26, 2010, the Court appointed M. Bernard Grenier and M. François Dadour as *amici curiae* to assist the Court in considering the evidence tendered and the issues raised in the *ex parte* hearings.

[29] Written opening submissions were filed on behalf of the parties. On April 6, 2010, a public hearing was held in Toronto to receive counsel's oral submissions. *Ex parte* hearings to receive the applicant's *in camera* and *ex parte* evidence were conducted at the Court's secure facilities in Ottawa for six days beginning April

[26] Dans la présente instance, des éléments de preuve ont été présentés par le procureur général au soutien de la demande sous forme d'affidavits publics et d'affidavits confidentiels *ex parte*. Les affidavits en question ont été souscrits par des fonctionnaires représentant les divers ministères et organismes desquels proviennent les documents. Pour la plupart, les auteurs de ces affidavits n'ont pas une connaissance personnelle des événements ou des faits relatés dans les documents et n'ont pas pris connaissance des rapports O'Connor et Iacobucci. À quelques exceptions près, les souscripteurs des affidavits publics n'ont pas examiné les passages expurgés des documents avant de souscrire leur affidavit. Ils ont témoigné de façon générale au sujet du type de renseignements se rapportant aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales dont on réclame la protection. Les souscripteurs des affidavits confidentiels étaient au courant des passages expurgés et ont expliqué les risques de préjudice invoqués par le procureur général en fonction de la teneur de ces passages.

[27] Les défendeurs ont déposé un affidavit comportant de nombreux éléments de preuve étayés par des pièces jointes (l'affidavit de M. Mudryk) pour s'opposer à la demande. Ces éléments de preuve se rapportaient principalement aux demandes introduites devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, aux rapports d'enquête et aux passages expurgés des documents.

[28] Une requête en désignation d'un intervenant désintéressé a été déposée par les défendeurs le 19 mars 2010. Après avoir examiné les observations orales et écrites des parties au sujet de la nécessité de désigner des intervenants désintéressés et du choix des candidats appropriés, la Cour a, le 26 mars 2010, désigné M^{es} Bernard Grenier et François Dadour à titre d'intervenants désintéressés pour aider la Cour dans son examen de la preuve présentée et des questions soulevées lors des audiences *ex parte*.

[29] Des arguments préliminaires ont été formulés pour le compte des parties. Le 6 avril 2010, une audience publique a été tenue à Toronto pour recevoir les observations orales des avocats. Des audiences *ex parte* visant à recevoir la preuve à huis clos et *ex parte* du demandeur ont eu lieu dans les locaux sécurisés de la Cour à Ottawa

9, 2010. Witnesses were examined in chief by counsel for the Attorney General and cross-examined by *amici curiae*.

[30] The testimony of the witnesses heard *in camera* and *ex parte* elaborated upon the concerns set out in the affidavit evidence. Each witness provided an overview of the nature of the interest of their department or agency in the material before the Court, such as relationships with foreign agencies, and discussed the injuries to the protected national interests that, in their view, would result from disclosure of the information. These witnesses were representative in the sense that they did not have personal knowledge of the events or individuals to which the documents refer but testified based on their work experience and information gleaned from departmental files or received from other officials.

[31] On May 13, 2010, the respondents filed a motion for a confidentiality order with respect to the content of an affidavit filed by the Attorney General in the Court's public registry. As a result, the Court directed that the copies of the documents filed as exhibits to the affidavit of Pamela Dawson be withheld from public access pending a ruling. Having considered the written representations filed by the parties, the motion was adjourned *sine die* without prejudice to it being brought back before the Court with evidence of the harm that disclosure of the information would cause: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 733, 372 F.T.R. 309.

[32] In submissions to the Court respecting the scheduling of the remaining steps in the proceedings, the respondents proposed to make written *ex parte* and private submissions regarding the content of the document in their possession which the applicant claimed to have been inadvertently disclosed. The applicant opposed this on the ground that the making of such submissions would constitute, in itself, a further disclosure of the information which the applicant seeks to protect before the Court made its determination of the issue. In an order dated May 21, 2010, and without deciding the issue, I stated that the respondents could make submissions

pendant six jours à compter du 19 avril 2010. Les avocats du procureur général ont procédé à l'interrogatoire principal des témoins et ceux-ci ont été contre-interrogés par les intervenants désintéressés.

[30] Dans le témoignage qu'ils ont donné à huis clos et *ex parte*, les témoins sont entrés dans le détail au sujet des préoccupations évoquées dans les affidavits. Chaque témoin a donné un aperçu de la nature de l'intérêt de son ministère ou de son organisme au sujet des éléments portés à la connaissance de la Cour, tels que les rapports avec des organismes étrangers, et a discuté de l'atteinte que la divulgation de ces renseignements causerait selon eux aux intérêts nationaux protégés. Ces témoins étaient représentatifs en ce sens qu'ils n'avaient aucune connaissance personnelle des faits ou des personnes mentionnés dans les documents, mais qu'ils témoignaient d'après leur expérience de travail et en se fondant sur les renseignements recueillis à partir de dossiers ministériels ou obtenus d'autres fonctionnaires.

[31] Le 13 mai 2010, les défendeurs ont déposé une requête visant l'obtention d'une ordonnance de confidentialité portant sur le contenu d'un affidavit déposé par le procureur général au greffe public de la Cour. En conséquence, la Cour a ordonné qu'il soit interdit au public de consulter les copies des documents annexés à l'affidavit de Pamela Dawson tant qu'une décision ne serait pas rendue. Après avoir examiné les observations écrites des parties, la Cour a ajourné la requête *sine die* sous réserve du droit du requérant de la soumettre de nouveau à la Cour avec preuve du préjudice que la divulgation de ces renseignements causerait (*Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 733).

[32] Dans les observations qu'ils ont formulées devant la Cour au sujet de l'établissement de l'échéancier des étapes ultérieures de l'instance, les défendeurs ont proposé à la Cour de présenter des observations écrites confidentielles et *ex parte* au sujet de la teneur d'un document en leur possession que le demandeur soutenait avoir divulgué par inadvertance. Le demandeur s'est opposé à cette demande au motif que formuler de telles observations constituerait en soi une autre divulgation des renseignements que le demandeur cherche à protéger, et ce, avant que la Cour ne se prononce sur la question. Dans une ordonnance datée du 21 mai 2010

regarding the application of the section 38 tests to this document without referring to its content.

[33] The respondents conducted cross-examinations of the applicant's public deponents in May and June which *amici* attended as observers.

[34] The Court received public closing written submissions from counsel for the parties and private written submissions from counsel for the Attorney General and *amici curiae*. A public hearing was conducted on June 23, 2010, to receive the parties' closing oral submissions. To assist the Court, the respondents provided an annotated list of the documents under review. Final *in camera* submissions were received from counsel for the Attorney General and *amici curiae* on June 24. In response to questions and requests from the Court during that hearing, counsel for the Attorney General and *amici* submitted additional written representations and information to the Court through the month of July.

[35] In the course of these proceedings, the Attorney General has revised his position and determined that certain information that had been redacted in the documents filed in the Court would not cause an injury to the protected national interests if disclosed. Revised versions of those documents with redactions removed or "lifted" were produced to the respondents and filed with the Court. Further information in 92 documents was authorized to be disclosed by the Attorney General.

[36] Prior to making closing oral submissions, *amici* provided the Court and counsel for the Attorney General with detailed written comments on the information which the Attorney General sought to protect. With respect to certain redactions, *amici* challenged the Attorney General's claims that injury would result from disclosure of the information or argued that, if the Court was satisfied that injury would be caused, the information should be disclosed in the public interest. In other

j'ai, sans trancher la question, déclaré que les défendeurs pouvaient présenter des observations au sujet de l'application des critères de l'article 38 au document en question sans en mentionner la teneur.

[33] Les défendeurs ont contre-interrogé les auteurs des affidavits publics du demandeur en mai et en juin et les intervenants désintéressés ont assisté à ces contre-interrogatoires à titre d'observateurs.

[34] La Cour a reçu les observations finales écrites publiques des avocats des parties ainsi que les observations écrites privées des avocats du procureur général et des intervenants désintéressés. Une audience publique a eu lieu le 23 juin 2010 pour recevoir les observations orales finales des parties. Pour aider la Cour, les défendeurs ont fourni une liste annotée des documents en cause. La Cour a reçu le 24 juin les observations finales à huis clos des avocats du procureur général et des intervenants désintéressés. En réponse aux questions et aux demandes formulées par la Cour à l'audience, les avocats du procureur général et les intervenants désintéressés ont soumis à la Cour des observations écrites et des renseignements complémentaires au cours du mois de juillet.

[35] Au cours de la présente instance, le procureur général est revenu sur sa position et a estimé que certains des renseignements qui avaient été expurgés des documents déposés devant la Cour ne porteraient pas préjudice aux intérêts nationaux protégés s'ils étaient divulgués. Des versions révisées, où certains passages caviardés sont réintégrés, ont été communiquées aux défendeurs et ont été déposées devant la Cour. Le procureur général a par ailleurs autorisé la divulgation de renseignements complémentaires dans 92 documents.

[36] Avant de formuler leurs observations orales finales, les intervenants désintéressés ont soumis à la Cour et aux avocats du procureur général des observations écrites détaillées au sujet des renseignements que le procureur général cherchait à protéger. Au sujet de certains passages expurgés, les intervenants désintéressés ont contesté la prétention du procureur général suivant laquelle la divulgation de ces renseignements causerait un préjudice ou ils ont fait valoir que, si la

cases, *amici* proposed alternative forms of disclosure in the form of summaries to provide the gist of the redacted information to the respondents.

[37] Counsel for the Attorney General provided the Court with a series of tables in which they identified the redactions the applicant agreed to and those which the applicant sought to maintain. In a number of instances, they agreed with the summaries proposed by *amici*. In others, they either maintained the applicant's position that the risk of injury was contrary to the public interest or proposed alternative language for disclosure of the information in a summary form. Revised versions of these tables were provided to the Court following the closing *in camera* hearing in response to *amici*'s submissions and the Court's questions.

[38] In the course of the *in camera* proceedings, the Court was informed that the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) had sent requests for permission to disclose information that originated with intelligence and law enforcement agencies in all of the relevant foreign countries. In several countries, more than one agency was contacted. On October 13, 2010, the Court was informed that, as of that date, more than half of the agencies had responded and none of them agreed to the disclosure of their information.

LEGAL FRAMEWORK

[39] As the Supreme Court of Canada has observed, the principle that court proceedings are open is fundamental to our system of justice and closely linked to the core values protected by paragraph 2(b) of the Charter. Those values are not, however, absolute and must yield on occasion where there are other important interests to protect, such as informant privilege, or to protect the right of an individual to a fair hearing:

Cour était convaincue qu'un préjudice serait causé, les renseignements devraient être divulgués dans l'intérêt public. Dans d'autres cas, les intervenants désintéressés ont proposé d'autres modes de divulgation, en l'occurrence sous forme de résumés permettant aux défendeurs d'être mis au courant de l'essentiel des renseignements.

[37] Les avocats du procureur général ont soumis à la Cour une série de tableaux dans lesquels ils ont identifié les passages expurgés que le demandeur avait acceptés et ceux qu'il souhaitait conserver. Dans plusieurs cas, ils ont accepté les résumés proposés par les intervenants désintéressés. Dans d'autres, ils ont soit maintenu la position du demandeur suivant laquelle le risque de préjudice allait à l'encontre de l'intérêt public, soit proposé un autre mode de divulgation des renseignements sous forme de résumé. Des versions révisées de ces tableaux ont été fournies à la Cour à la suite de la clôture de l'audience à huis clos en réponse aux observations des intervenants désintéressés et des questions de la Cour.

[38] Au cours de l'audience à huis clos, la Cour a appris que la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC) avait envoyé des demandes de permission de divulguer des renseignements qui provenaient d'organismes de services de renseignement et d'organismes chargés du maintien de l'ordre dans tous les pays étrangers concernés. Dans plusieurs pays, plus d'un organisme a été contacté. Le 13 octobre 2010, la Cour a appris qu'à cette date, plus de la moitié des organismes avaient répondu et qu'aucun d'entre eux n'avait accepté de divulguer ses renseignements.

CADRE LÉGAL

[39] Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a fait observer, la publicité des débats judiciaires est un principe fondamental de notre système de justice et ce principe est inextricablement lié aux valeurs fondamentales consacrées à l'alinéa 2b) de la Charte. Ces valeurs ne sont toutefois pas absolues et elles doivent à l'occasion céder le pas devant d'autres intérêts importants à protéger, tels que le privilège relatif aux

Named Person v. Vancouver Sun, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507. The open court principle is also subject to limitation where disclosure would subvert the ends of justice or unduly impair its proper administration: *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at paragraph 4.

[40] The limitations on the disclosure of information set out in section 38 of the Act are on their face inconsistent with the open court principle: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1052, 122 C.R.R. (2d) 359, at paragraph 44. In any case in which information is sought by the parties in support of their position in litigation, application of the section 38 restrictions can only be justified if necessary to protect the identified national interests of security, defence and international relations.

[41] The disclosure obligations of the Federal Crown in a civil action are expressly made subject to section 38: *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, sections 27 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31], 34 [as am. *idem*, s. 32; 2006, c. 11, s. 18]; *Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604, sections 2, 7, 8. The following provisions of sections 38 [“potentially injurious information” (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), “sensitive information” (as enacted *idem*)], 38.01, 38.02 [as enacted *idem*, ss. 43, 141], 38.04 and 38.06 [as enacted *idem*, s. 43] of the Act are of particular relevance to the present application:

Definitions

38. ...

“potentially injurious information”
« renseignements potentiellement préjudiciables »

“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.

...

indicateurs de police ou le droit à un procès équitable (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507). Il existe également une restriction au principe de la publicité des débats judiciaires lorsque la divulgation serait préjudiciable aux fins de la justice ou nuirait indûment à la bonne administration de la justice (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, au paragraphe 4).

[40] Les restrictions à la divulgation des renseignements que prévoit l’article 38 de la Loi sont à première vue incompatibles avec le principe de la publicité des débats (*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052, au paragraphe 44). Chaque fois que des parties réclament des renseignements pour étayer la thèse qu’elles défendent dans un procès, l’application des restrictions de l’article 38 ne peut se justifier que si elle est nécessaire pour protéger des intérêts nationaux précis ayant trait aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[41] Les obligations de divulgation imposées à la Couronne fédérale dans une action civile sont expressément assujetties à l’article 38 (*Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, articles 27 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] et 34 [mod., *idem*, art. 32; 2006, ch. 11, art. 18]; *Règlement sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, DORS/91-604, articles 2, 7 et 8). Les dispositions suivantes des articles 38 [« renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*)], 38.01, 38.02 [édicte, *idem*, art. 43, 141], 38.04 et 38.06 [édicte, *idem*, art. 43] de la Loi présentent un intérêt particulier pour la présente demande :

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.

Définitions

« renseignements potentiellement préjudiciables »
“potentially injurious information”

“sensitive information” « renseignements sensibles »	“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.	« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.	« renseignements sensibles » “sensitive information”
Notice to Attorney General of Canada	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. ...	38.01 (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. [...]	Avis au procureur général du Canada
Disclosure prohibited	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); ...	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); [...]	Interdiction de divulgation
Application to Federal Court — Attorney General of Canada	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).	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).	Demande à la Cour fédérale : procureur général du Canada
Application to Federal Court — general	(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions, (a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;	(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation : a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;	Demande à la Cour fédérale : dispositions générales

	(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and	(b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;	
	(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.	(c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.	
Notice to Attorney General of Canada	(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.	(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.	Notification du procureur général
Court records	(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.	(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.	Dossier du tribunal
Procedure	(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge	(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :	Procédure
	(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , 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;	(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 <i>Loi sur la défense nationale</i> — 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) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;	(b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;	
	(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall	(c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :	
	(i) determine who should be given notice of the hearing,	(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,	
	(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and	(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,	

	(iii) determine the content and form of the notice; and	(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;	
	(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.	d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.	
	...	[...]	
Termination of Court consideration, hearing, review or appeal	(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.	(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.	Fin de l'examen judiciaire
	...	[...]	
Disclosure order	38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.	38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.	Ordonnance de divulgation
Disclosure order	(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.	(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.	Divulgation modifiée
Order confirming prohibition	(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.	(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.	Confirmation de l'interdiction

Evidence	(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.	(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.	Preuve
Introduction into 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).	(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).	Admissibilité en preuve
Relevant factors	(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.	(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.	Facteurs pertinents

[42] In assessing whether to make an order pursuant to section 38.06 of the Act, the Court must engage in a three-step process as held in *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, aff'd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*). In considering the information at issue, the Court must determine: (1) its relevance to the underlying proceeding; (2) whether its disclosure would be injurious to national security, international relations or national defence; and (3) whether the public interest in disclosure is outweighed by the public interest in non-disclosure.

[43] *Ribic* has been applied in a number of decisions of this Court: *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (*Khawaja*), rev'd in part 2007 FCA 342, 228 C.C.C. (3d) 1; *Arar*, above; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.P.R. (6th) 284 (*Khadr* June 2008); *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80 (*Khadr* April 2008).

[42] Pour se prononcer sur l'opportunité de rendre l'ordonnance prévue à l'article 38.06 de la Loi, la Cour doit se livrer à une analyse en trois étapes, ainsi qu'il est expliqué dans la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, confirmée par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 (l'arrêt *Ribic*). Pour examiner les renseignements en litige, la Cour doit déterminer : 1) leur pertinence par rapport à l'instance principale; 2) si leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales; 3) si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

[43] L'arrêt *Ribic* a été appliqué dans plusieurs décisions de notre Cour : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (la décision *Khawaja*), inf. en partie par 2007 CAF 342; décision *Arar*, précitée; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807 (la décision *Khadr* de juin 2008); *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (la décision *Khadr* d'avril 2008).

ISSUES

[44] A threshold issue to be addressed is whether this Court should defer its review of the documents and the privilege claims in issue to the Ontario Superior Court of Justice.

[45] Barring a decision to defer to the Superior Court of Justice, the question before me is whether the statutory bar to disclosure of the information as set out in paragraph 38.02(1)(a) should be confirmed as provided for in subsection 38.06(3) of the Act. Specific issues to be determined are as follows:

(1) How is the *Ribic* test to be applied to the information in question?

(2) What, if any, effect should the disclosure of document 171 have on the claim for protection of its redacted content?

DISCUSSION

Should this Court defer to the Ontario Superior Court of Justice?

[46] This issue arises because the respondents wish to have the issues related to the disclosure of information for which claims of privilege are made by the applicant on the grounds of injury to national security, national defence and international relations determined by the court that will hear and decide their actions against the federal government. The respondents do not dispute that section 38 confers jurisdiction on this Court to determine privilege claims under these three heads of public interest. They maintain that, generally, civil proceedings before the provincial superior courts are governed by the common law and the respective Evidence Acts of the provinces and contend that Parliament could not constitutionally divest the provincial superior courts of that jurisdiction through the enactment of the relevant provisions of the *Canada Evidence Act*. They submit that this jurisdiction is part of the

QUESTIONS EN LITIGE

[44] Une question préliminaire à laquelle il faut répondre est celle de savoir si notre Cour doit s'en remettre à la Cour supérieure de justice de l'Ontario en ce qui concerne l'examen des documents et des privilèges revendiqués en cause.

[45] Sauf s'il est décidé de s'en remettre à la Cour supérieure de justice, la question qui m'est soumise est celle de savoir si l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui est prévue à l'alinéa 38.02(1)a) devrait être confirmée conformément au paragraphe 38.06(3) de la Loi. Voici les questions précises auxquelles il faut répondre :

1) Comment doit-on appliquer le critère de l'arrêt *Ribic* aux renseignements en cause?

2) Quelles conséquences, s'il en est, la divulgation du document 171 aurait-elle sur la demande de protection de ses passages expurgés?

ANALYSE

Notre Cour devrait-elle s'en remettre à la Cour supérieure de justice de l'Ontario?

[46] Cette question est soulevée parce que les défendeurs souhaitent que la cour qui jugera et tranchera leur action contre le gouvernement fédéral se prononce sur les questions relatives à la divulgation des renseignements qui font l'objet d'une revendication de privilège de la part du demandeur pour des raisons de préjudice aux relations internationales et à la sécurité ou à la défense nationales. Les défendeurs ne contestent pas que l'article 38 confère à notre Cour la compétence pour se prononcer sur les revendications de privilège se rapportant aux trois motifs d'intérêt public en cause. Ils maintiennent qu'en règle générale, les instances civiles se déroulant devant les cours supérieures provinciales sont régies par la common law et par la loi sur la preuve de la province en cause et ils soutiennent que le législateur fédéral ne pouvait constitutionnellement dépouiller les cours supérieures provinciales de cette compétence

irreducible core that is reserved to provincial superior courts by section 96 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1], reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5.

[47] The respondents maintain, therefore, that this Court should defer any review of information subject to discovery proceedings in the Superior Court of Justice to that Court, if it is found on the appeal and cross-appeal from Mr. Justice Perell's decision to have inherent and constitutionally protected jurisdiction to conduct a review of the national security, national defence and international relations privilege claims at all stages of the civil litigation process.

[48] The respondents do not question that this Court has statutory jurisdiction under section 38 to conduct the review, but submit that Mr. Justice Perell's decision confirms the jurisdiction of the Superior Court to conduct its own review of the privilege claims, at least at trial. They take issue with his conclusion that practical considerations militate in favour of not exercising jurisdiction at the interlocutory stage of the proceedings, one of the issues under appeal. The respondents submit that the "practical considerations" argument does not answer the principled reasons which support privilege review in the trial courts as set out in the report of the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182 [*Air India Flight 1982: A Canadian Tragedy*] (the Major Inquiry): Vol. III, at pages 156 to 165.

[49] I agree with the applicant that the respondents' preference to have the section 38 issues adjudicated by the court that will try the merits of their claims

en édictant les dispositions applicables de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ils font valoir que cette compétence fait partie de ce noyau irréductible de pouvoirs qui sont conférés en exclusivité aux cours supérieures provinciales par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1], reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5.

[47] Les défendeurs maintiennent donc que notre Cour devrait s'en remettre à la Cour supérieure de justice en ce qui concerne tout examen des renseignements visés par le processus d'enquête préalable dans l'instance introduite devant la Cour supérieure de justice s'il est jugé, à la suite de l'appel et de l'appel incident formés à l'encontre de la décision du juge Perell, que cette juridiction possède la compétence inhérente ainsi qu'une compétence protégée par la Constitution pour procéder à l'examen des revendications de privilège fondées sur les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales à toutes les étapes du procès civil.

[48] Les défendeurs ne contestent pas que notre Cour a compétence, en vertu de l'article 38 de la Loi, pour procéder à un tel examen, mais ils soutiennent que la décision du juge Perell confirme la compétence de la Cour supérieure pour procéder à son propre examen des revendications de privilège, du moins au procès. Ils contestent la conclusion que des considérations d'ordre pratique militent en faveur de ne pas exercer de compétence à l'étape interlocutoire de l'instance, ce qui constitue l'une des questions visées par l'appel. Les défendeurs soutiennent que l'argument tiré des « considérations d'ordre pratique » ne répond pas aux raisons de principe qui justifient l'examen des privilèges par les tribunaux de première instance qui sont énumérées dans le rapport de la Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India [*Vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne*] (l'enquête Major), vol. III, aux pages 176 à 185.

[49] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le fait que les défendeurs préfèrent que les questions visées à l'article 38 soient jugées par le tribunal qui

against the federal government is legally irrelevant in the present proceedings, given Parliament's deliberate choice to assign that jurisdiction exclusively to this Court and absent a binding decision that the legislation is constitutionally invalid. The question of the constitutionality of that choice is not before me.

[50] The issue is currently before the Supreme Court of Canada, at least in respect of criminal proceedings, in an appeal from the decision of the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (*Ahmad*). Should the Supreme Court uphold the *Ahmad* decision or the Ontario Court of Appeal support the respondents' position on the appeal of *Abou-Elmaati*, above, questions of jurisdiction or judicial comity will likely arise. But as either event has not occurred, I do not consider it necessary to address the question of deferral to the Superior Court of Justice, at this time.

[51] I think it appropriate to state, however, that I also agree with the applicant that the assignment of the responsibility to adjudicate section 38 issues to the Federal Court was an important element of Parliament's decision to implement the recommendations of the McDonald Commission regarding the adjudication of public privilege issues in relation to national security: Canada, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (Chairman, Mr. Justice D.C. McDonald), *First Report: Security and Information*, October 9, 1979. The physical security of such information was one of the reasons Parliament chose to centralize adjudication of the disclosure of potentially injurious information in the Federal Court. Concerns about expertise, uniformity, and security of information continue to underlie section 38's grant of exclusive jurisdiction to the Federal Court.

statuera sur le fond de leurs prétentions contre le gouvernement fédéral n'a aucune pertinence sur le plan juridique en l'espèce, compte tenu du choix délibéré du législateur fédéral d'attribuer cette compétence exclusivement à notre Cour et du fait qu'il n'existe aucune décision faisant jurisprudence dans laquelle cette loi a été jugée inconstitutionnelle. La question de la constitutionnalité de ce choix ne m'a pas été soumise.

[50] La question est présentement soumise à la Cour suprême du Canada, du moins en ce qui concerne un procès criminel, dans le cadre d'un pourvoi formé à l'encontre de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (la décision *Ahmad*). Si la Cour suprême devait confirmer la décision *Ahmad* ou si la Cour d'appel de l'Ontario devait confirmer la thèse défendue par les défendeurs dans l'appel interjeté dans l'affaire *Abou-Elmaati*, précitée, des questions de compétence ou de courtoisie judiciaire seraient probablement soulevées. Mais comme aucune de ces éventualités ne s'est encore produite, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder pour le moment la question de savoir si nous devons nous en remettre à la Cour supérieure de justice.

[51] J'estime qu'il y a toutefois lieu de préciser que je suis également d'accord avec le demandeur pour dire que la décision de confier à la Cour fédérale le soin de trancher les questions relatives à l'article 38 constituait un aspect important de la décision du législateur fédéral de donner suite aux recommandations de la Commission McDonald au sujet des décisions portant sur les questions de privilège d'intérêt public ressortissant à la sécurité nationale (Canada, Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (sous la présidence du juge D.C. McDonald), *Premier rapport : Sécurité et information*, 9 octobre 1979). La sécurité matérielle de ces renseignements constituait l'une des raisons pour lesquelles le législateur fédéral a choisi de centraliser les décisions portant sur la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables en les confiant à la Cour fédérale. Des préoccupations portant sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements continuent à sous-tendre l'octroi, à l'article 38, d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

[52] The parties dispute whether the effect of the enactment of the McDonald Commission recommendations was to adopt a more liberal approach to disclosure of protected information than that which was available to litigants under the common law. The respondents cite *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 647, for the proposition that the treatment of public interest privilege at common law had evolved to the point that the Courts recognized that a different balance may be struck between the competing interests, over time and on the facts: at times giving the interests in government secrecy “virtually absolute priority”, while at other times “a more even balance was struck.”

[53] The respondents are correct to say that the common law had evolved, notably with the 1968 decision of the House of Lords in *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910, which introduced the concept of a balancing between the interests of the public in ensuring the proper administration of justice and the public interest in the withholding of documents whose disclosure would be contrary to the national interest.

[54] In the United Kingdom, the courts have continued to wrestle with the difficult question of where to find the balance without the benefit of statutory guidance: *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, at paragraphs 23–26 (*Al Rawi*); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin) (*Al-Sweady*); *R (on the application of Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91 (*Mohamed*). Australia has adopted a comprehensive statutory scheme for handling national security information, similar to that in the *Canada Evidence Act: the National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).

[52] Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la mise en œuvre des recommandations de la Commission McDonald s’est traduite par une approche plus libérale en matière de divulgation des renseignements protégés que celle dont disposaient les plaideurs en common law. Les défendeurs citent l’arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la page 647, à l’appui de l’argument que le traitement du secret d’intérêt public en common law a évolué au point où les tribunaux en sont venus à reconnaître que l’équilibre recherché entre les intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans et au gré des faits de chaque espèce. À certains moments, l’intérêt qu’a le public à ce que le secret des délibérations du gouvernement soit gardé a reçu « une priorité presque absolue », tandis qu’à d’autres époques, « on s’est rapproché davantage de l’équilibre ».

[53] Les défendeurs ont raison de dire que la common law a évolué, notamment à la suite de l’arrêt rendu en 1968 par la Chambre des lords dans l’affaire *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910, qui a introduit le concept de la mise en balance des intérêts du public à assurer la bonne administration de la justice et de l’intérêt du public à refuser la communication de documents dont la divulgation irait à l’encontre de l’intérêt national.

[54] Au Royaume-Uni, les tribunaux ont continué à se pencher sur l’épineuse question de la recherche d’un équilibre sans pouvoir compter sur les indications du législateur (*Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, aux paragraphes 23 à 26 (la décision *Al Rawi*); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin) (la décision *Al-Sweady*); *R (on the application of Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91 (la décision *Mohamed*)). L’Australie a adopté un régime législatif complet pour traiter de la question des renseignements ayant trait à la sécurité nationale (*National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.)). Ce régime est semblable à celui que l’on trouve dans la *Loi sur la preuve au Canada*.

[55] The United States has adopted comparable legislation in the *Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1–16 (1980), for criminal proceedings. In applying the state secrets privilege in civil matters, however, U.S. courts grant exceptional deference to the executive’s injury assessment even to the extent of barring actions at the pleadings stage: see for example, *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *certiorari* denied 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010).

[56] It is clear from the Canadian jurisprudence that at common law “virtually absolute priority” was given to claims of national security, national defence and international relations privilege as opposed to other public interests. The issue before the Supreme Court in *Carey* was a claim to protect provincial Cabinet documents relating to investments in a tourist lodge. National security, international relations and national defence considerations did not arise. At page 671 of his reasons for the Court, Justice La Forest stressed that such matters were entirely different and may well justify the withholding of the information even without inspection. He went on to say:

For on such issues, it is often unwise even for members of the judiciary to be aware of their contents, and the period in which they should remain secret may be very long.

[57] This statement reflects the approach taken by the courts to national security claims prior to the enactment of the predecessor to section 38. Certificates asserting such claims were treated as conclusive. Judges were reluctant to look behind them. The enactment of section 36.2 in 1982 was a substantial departure from the common law approach: S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III [of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10]; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.), at page 479; *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753 (T.D.), at pages 762–763; *Henrie v. Canada (Security*

[55] Les États-Unis ont adopté une loi comparable : la *Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1 à 16 (1980), qui porte sur les instances criminelles. Pour appliquer aux affaires civiles les principes relatifs aux secrets d’intérêt public, les tribunaux américains font toutefois preuve d’une retenue exceptionnelle envers l’appréciation que le pouvoir exécutif fait du préjudice, au point même de déclarer irrecevables les actions à l’étape des plaidoiries (voir, par exemple, *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), bref de *certiorari* refusé 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010)).

[56] La jurisprudence canadienne démontre clairement qu’en common law « une priorité presque absolue » a été accordée aux revendications fondées sur les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales par opposition aux autres intérêts publics. La question soumise à la Cour suprême dans l’affaire *Carey* portait sur une demande de protection de documents du Cabinet d’une province relativement à des investissements faits dans un centre de villégiature. Aucune considération quant à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale n’était soulevée. À la page 671 des motifs qu’il a rédigés au nom de la Cour, le juge La Forest souligne que ces questions étaient très différentes et qu’elles pourraient fort bien justifier le tribunal de refuser la communication de ces documents même sans procéder à une inspection. Il poursuit en écrivant ce qui suit :

En effet, dans le cas de documents relevant de ces domaines, il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue.

[57] Ces propos traduisent la démarche que suivaient les tribunaux en ce qui concerne les revendications fondées sur la sécurité nationale avant l’édiction du prédécesseur de l’article 38. Les certificats dans lesquels ces privilèges étaient revendiqués étaient considérés comme déterminants. Les juges hésitaient à aller au-delà de ces certificats. L’édiction de l’article 36.2 en 1982 constitue un écart marqué par rapport à l’approche de la common law (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III [de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10]); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.),

Intelligence Review Committee, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 234–235 (*Henrie*).

[58] The amendments enacted by Parliament in 2001 (*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41) and the subsequent jurisprudence of the Federal Court reflect a continuing evolution of the section 38 process towards greater disclosure of sensitive information under judicial supervision. The Court now closely examines the content of the information which the Attorney General seeks to protect, unlike in the past, and makes an independent and impartial assessment of the claims. The legislation explicitly provides for a balancing of the public interests involved and, even where injury has been established, authorizes release of the information or a suitable alternative where the judge finds that the public interest in disclosure outweighs the interests in security, defence or international relations.

[59] Turning to the application of the three steps of the *Ribic* test to the information at issue in these proceedings, the starting point is the question of relevance.

Should the statutory bar to disclosure of the information be confirmed?

1. *Is the information at issue relevant to the underlying actions?*

[60] The threshold for determining relevance is low. The Court must consider the relevance of the information at issue to the underlying proceeding. Where the underlying matter is a criminal case or a proceeding analogous to a criminal case in which the liberty of the subject is at risk, such as an extradition request, and subject to any applicable legislation, the Court should apply the standard for disclosure of evidence set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*,

à la page 479; *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.), aux pages 702 et 703; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 234 et 235 (la décision *Henrie*)).

[58] Les modifications adoptées par le législateur fédéral en 2001 (*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41) et la jurisprudence ultérieure de la Cour fédérale traduisent l'évolution constante de l'article 38 vers une tendance à une plus grande divulgation, sous supervision judiciaire, des renseignements sensibles. À la différence de ce qui se faisait auparavant, la Cour examine maintenant attentivement la teneur des renseignements que le procureur général cherche à protéger, et elle procède à une appréciation indépendante et impartiale des revendications. La loi prévoit expressément la mise en balance des intérêts publics en jeu et, même lorsque l'existence d'un préjudice a été établie, elle autorise la communication des renseignements ou une mesure de rechange acceptable lorsque le juge estime que l'intérêt qu'a le public en ce qui concerne la divulgation l'emporte sur les intérêts relatifs aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales.

[59] Pour ce qui est de l'application des trois étapes du critère de l'arrêt *Ribic* aux renseignements en cause en l'espèce, le point de départ est la question de la pertinence.

L'interdiction de divulgation des renseignements prévue par la loi devrait-elle être confirmée?

1. *Les renseignements en question sont-ils pertinents par rapport aux actions principales?*

[60] Le critère préliminaire auquel on doit répondre pour déterminer la pertinence n'est pas exigeant. La Cour doit examiner la pertinence des renseignements en question par rapport à l'instance principale. Lorsque l'affaire principale est une instance criminelle ou une instance analogue à une instance criminelle dans laquelle la liberté de l'intéressé est en jeu, comme dans le cas d'une demande d'extradition, la Cour devrait, sous réserve des dispositions législatives applicables, appliquer

[1991] 3 S.C.R. 326: *Ribic*, above, at paragraph 17. That standard is that there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paragraph 30.

[61] As the underlying matters in this case are civil actions, I think it appropriate to apply the standard of relevance as it relates to the discovery process in civil litigation. In the Federal Court, information is relevant for discovery purposes if it may reasonably be useful to the party seeking production to advance its case or undermine that of the opposing party or may fairly lead to a “train of inquiry” that may have either of these two consequences: subsection 222(2) *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]; *Apotex Inc. v. Canada*, 2005 FCA 217, 41 C.P.R. (4th) 97, at paragraphs 15–16. The *Apotex* approach to relevance has been applied in Ontario, under the former rules: see for example *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 20. This conception of relevance applies not only to information that is direct evidence supporting the respondents’ allegations but also to information that will permit inferences of fact to be drawn from the circumstances.

[62] Under the revised Ontario *Rules of Civil Procedure*, the test is whether the information is “relevant to any matter in issue in an action” (*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, subrules 30.02(1) [as am. by O. Reg. 438/08, s. 26], 31.06(1) [as am. *idem*, s. 30] (emphasis added)). The old rule used the phrase “related to any matter in issue in an action” (emphasis added). The new “relevance” test is more onerous than the “semblance of relevance test” applicable under the old rule: *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII), at paragraph 19).

la norme de divulgation de la preuve que la Cour suprême du Canada a définie dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 17. Cette norme est celle de savoir s’il existe une possibilité raisonnable que ces renseignements puissent aider l’accusé à présenter une défense pleine et entière (*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au paragraphe 30).

[61] Comme les instances principales en l’espèce sont des actions civiles, j’estime qu’il convient d’appliquer la norme de la pertinence étant donné qu’elle se rapporte à la communication de la preuve dans un litige civil. À la Cour fédérale, sont considérés comme pertinents à l’étape de l’enquête préalable les renseignements susceptibles de permettre à la partie qui en exige la communication soit de plaider sa propre cause soit de nuire à celle de son adversaire ou de la « lancer dans une enquête » qui pourrait entraîner l’une ou l’autre de ces conséquences (paragraphe 222(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]); *Apotex Inc. c. Canada*, 2005 CAF 217, aux paragraphes 15 et 16). Le raisonnement suivi dans l’arrêt *Apotex* en ce qui concerne la pertinence a été appliqué en Ontario, dans les anciennes Règles (voir, par exemple, *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (C.S. Ont.), au paragraphe 20). Cette conception de la pertinence vaut non seulement pour les renseignements qui constituent une preuve directe à l’appui des allégations des défendeurs, mais aussi dans le cas des renseignements qui permettent de tirer des inférences de fait à partir des circonstances de l’espèce.

[62] Sous le régime des *Règles de procédure civile* révisées de l’Ontario, le critère est celui de savoir si les renseignements sont « pertinent[s] à l’égard d’une question en litige dans une action » (*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, paragraphes 30.02(1) [mod. par Règl. de l’Ont. 438/08, art. 26] et 31.06(1) [mod., *idem*, art. 30] (non souligné dans l’original)). Dans l’ancienne version des Règles, on trouvait l’expression « qui a trait à une question en litige dans une action » (non souligné dans l’original). Le nouveau critère de la « pertinence » est plus exigeant que le [TRADUCTION] « semblant de critère de la pertinence » qui s’appliquait en vertu de l’ancienne disposition des

[63] In the context of this case, the respondents should also have the opportunity to refute any suggestions of wrongdoing that may be found in the redacted content of the impugned documents. I note that Justice Perell alluded to the possibility that the information being withheld is exculpatory of government misconduct: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 81. Thus information will also be relevant if it may be used by the government to support its defence of the actions.

[64] This is not to assume that such information will be admissible at trial if not disclosed to the respondents. The United Kingdom Court of Appeal recently dealt with that issue in *Al Rawi*, above. In the context of an action for damages similar to the underlying actions in this matter, the Court of Appeal held that the trial court could not order a closed hearing to allow the Crown to defend the claims using secret evidence that was not disclosed to the plaintiffs.

[65] Clearly irrelevant information is not subject to disclosure. This would include information, for example, concerning other persons or events where there are no links to the parties or events in question. In this case, the parties have submitted that the redacted information in the documents before the Court should be treated as presumptively relevant. For the most part, I had little difficulty with that proposition as I reviewed the documents. Some of the redacted information, such as administrative details, file and telephone numbers did not appear to be relevant in the absence of some showing of how the information could possibly assist the plaintiffs.

Règles (*Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII), au paragraphe 19).

[63] Dans le contexte de la présente affaire, les défendeurs devraient également se voir offrir la possibilité de réfuter toute allusion à des actes répréhensibles que l'on peut trouver dans les passages expurgés des documents contestés. Je relève que le juge Perell a fait allusion à la possibilité que les renseignements dont la communication a été refusée disculpent le gouvernement des actes répréhensibles (décision *Abou-Elmaati*, précitée, au paragraphe 81). Ainsi, les renseignements seront également pertinents si le gouvernement peut s'en servir pour étayer sa défense dans le cadre des actions en justice intentées contre lui.

[64] Il ne faudrait pas présumer pour autant que ces renseignements seront admissibles au procès s'ils n'ont pas été divulgués aux défendeurs. La Cour d'appel du Royaume-Uni s'est récemment penchée sur la question dans l'affaire *Al Rawi*, précitée. S'agissant d'une action en dommages-intérêts semblables aux demandes principales en cause dans la présente affaire, la Cour d'appel a jugé que la juridiction de première instance ne pouvait ordonner le huis clos pour permettre à la Couronne de contester les demandes à l'aide d'éléments de preuve secrets qui n'avaient pas été divulgués aux demandeurs.

[65] Les renseignements qui sont nettement dénués de pertinence n'ont pas à être divulgués. Font partie de ces renseignements ceux, par exemple, qui concernent d'autres personnes ou d'autres faits et qui n'ont aucun lien avec les parties ou les faits en cause. Dans le cas qui nous occupe, les parties affirment que les renseignements expurgés des documents soumis à la Cour devraient être présumés pertinents. Dans l'ensemble, cette proposition ne m'a posé aucun problème lorsque j'ai examiné les documents. Certains des renseignements expurgés, tels que ceux concernant certains détails administratifs ou des numéros de dossier ou de téléphone, ne semblaient pas être pertinents à défaut de preuve établissant en quoi ils pouvaient être utiles aux demandeurs.

[66] Information that I considered to be highly relevant to the underlying proceedings included, for example, documents that relate to the early interest of CSIS in Mr. Elmaati and contain information that the Service shared with other agencies, both domestic and foreign. The language used by the Service in sharing this information was found by Commissioner Iacobucci to be deficient. The respondents characterize it as inflammatory, inaccurate and unsupported. Without expressing any views as to the merits of the dispute between the parties, it is clear that these documents relate to the core of Mr. Elmaati's case against the government.

[67] Upon finding that the information at issue is relevant to the underlying proceedings, the Court must turn to whether disclosure of the information would result in injury to the protected national interests.

2. Would injury to Canada's national security, national defence or international relations result from disclosure?

[68] The second step of the *Ribic* test is the determination of whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security, the three grounds listed in section 38.06 of the Act.

[69] For this purpose the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge is reliable and appropriate ("digne de foi et utile") even if it would not otherwise be admissible under Canadian law: subsection 38.06(3.1) of the Act.

[70] The judge presiding over a section 38 review must give considerable weight to the Attorney General's submissions on the injury that would be caused by disclosure given the access that office has to special information and expertise. Mere assertions of injury are insufficient: *Khadr* April 2008, above, at para-

[66] Parmi les renseignements que j'ai tenus pour très pertinents relativement aux instances principales, il y a lieu de mentionner, par exemple, les documents qui concernent l'intérêt que le SCRS a manifesté dès le départ pour M. Elmaati et qui renferment des renseignements que le Service a partagés avec d'autres organismes, tant au Canada qu'à l'étranger. Le commissaire Iacobucci a estimé que les mots employés par le Service pour partager ces renseignements laissaient à désirer. Les défendeurs quant à eux les qualifient d'incendiaires, inexacts et dénués de fondement. Sans exprimer d'avis sur le fond du litige qui oppose les parties, j'estime qu'il est évident que ces documents se rapportent à l'essentiel de la preuve présentée par M. Elmaati contre le gouvernement.

[67] Ayant conclu que les renseignements en question sont pertinents relativement aux instances principales, la Cour doit se demander si la divulgation des renseignements porterait préjudice à des intérêts nationaux protégés.

2. La divulgation des renseignements porterait-elle préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales?

[68] La seconde étape du critère de l'arrêt *Ribic* porte sur la question de savoir si la divulgation des renseignements en question porterait préjudice aux relations internationales, ou à la défense nationale ou à la sécurité nationale, c'est-à-dire les trois motifs énumérés à l'article 38.06 de la Loi.

[69] À cette fin, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié (« *reliable and appropriate* »), et ce, même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité (paragraphe 38.06(3.1) de la Loi).

[70] Le juge qui préside un examen en vertu de l'article 38 doit accorder un poids considérable aux observations formulées par le procureur général au sujet du préjudice que causerait la divulgation, compte tenu de l'accès de ce bureau à une expertise et à des renseignements spéciaux. Il ne suffit pas d'affirmer qu'un

graphs 31–32. The judge must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Ribic*, above, at paragraph 18, citing *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, at page 895. The burden of persuasion rests with the Attorney General and probable injury is assessed on a reasonableness standard: *Ribic*, at paragraph 19. While the authority to order disclosure is expressed in the statute in discretionary terms, the Federal Court of Appeal has held that an authorization to disclose will issue if no injury would result to the protected interests: *Ribic*, above, at paragraph 20; see also *Khadr* June 2008, above, at paragraph 52.

[71] The respondents argue that the Court should take into account that the information in question in these proceedings is dated. No charges have been laid or other action taken against them for almost a decade notwithstanding that the security agencies had resort to extraordinary investigative techniques with the cooperation of foreign agencies. This is a valid consideration. The need to protect information may lose its significance with the passage of time and changed circumstances: *Khadr* April 2008, above, at paragraph 84.

[72] The respondents assert that the international community requires a state to bear the onus of showing that the “information at issue poses a serious threat to a legitimate national security interest” in order to limit public access to government information. A national security interest will not be legitimate “unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country’s existence or its territorial integrity against the use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force”. In my view, this overstates the burden on the state to justify the restriction.

préjudice sera causé (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, aux paragraphes 31 et 32). Le juge doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 18, citant l’arrêt *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, à la page 895). La charge de persuasion repose sur le procureur général et la probabilité du préjudice est appréciée selon la norme de la raisonabilité (arrêt *Ribic*, au paragraphe 19). Bien que le pouvoir d’ordonner la divulgation soit exprimé dans la loi sous forme de pouvoir discrétionnaire, la Cour d’appel fédérale a jugé que l’autorisation de divulgation sera donnée si la divulgation des renseignements ne causerait aucun préjudice aux intérêts protégés (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 20; voir également la décision *Khadr* de juin 2008, précitée, au paragraphe 52).

[71] Les défendeurs affirment que la Cour devrait tenir compte du fait que les renseignements en question dans la présente instance remontent à un certain temps. Aucune accusation n’a été portée contre les défendeurs et aucune autre mesure n’a été prise contre eux depuis une dizaine d’années malgré le fait que des services de sécurité ont eu recours à des techniques d’enquête exceptionnelles avec la collaboration d’organismes étrangers. Il s’agit là d’une considération valable. La nécessité de protéger les renseignements peut perdre de son importance compte tenu du temps écoulé et de l’évolution de la situation (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, au paragraphe 84).

[72] Les défendeurs font valoir que la communauté internationale exige qu’il appartienne à l’État de démontrer que « l’information en question constitue une sérieuse menace à un intérêt légitime de sécurité nationale » pour qu’on puisse restreindre l’accès du public aux documents du gouvernement. Un intérêt de sécurité nationale n’est légitime que si « son véritable but et son effet démontrable [sont] de protéger l’existence d’un pays ou son intégrité territoriale contre l’usage ou la menace d’usage de la force ». À mon avis, on insiste trop sur l’obligation faite à l’État de justifier la restriction à la liberté d’information.

[73] The words quoted in the preceding paragraph are taken from a United Nations document, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39, annex (the Johannesburg Principles). This statement of principle resulted from a 1996 meeting of legal experts convened by an anti-censorship organization at Johannesburg. The statement is frequently used as 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, but has no formal status in international or domestic law.

[74] This Court has positively cited Principle 2(b) of the Johannesburg Principles as support for the proposition that governments may not withhold information for oblique purposes: *Arar*, above, at paragraph 60. Principle 2(b) states that a restriction on freedom of expression or information cannot be justified if its only purpose 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. However, in citing this principle, the Court has not endorsed the narrow conception of legitimate national security interests set out in other portions of the statement.

[75] The experts' view of what constitutes a legitimate national security interest was expressly rejected by Justice Danièle Tremblay-Lamer in *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 67, at paragraph 78. I agree with her comments that the Johannesburg definition is too restrictive and does not take into account other grounds for maintaining the confidentiality of information that have been found to be privileged under Canadian law.

[76] In interpreting the meaning of the phrase "danger to the security of Canada", Justice Arbour stated for the majority in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 88–90 (*Suresh*), that the phrase must be

[73] Les mots cités au paragraphe qui précède sont tirés d'un document des Nations Unies intitulé *Les Principes de Johannesburg relatifs à la sécurité nationale, à la liberté d'expression et à l'accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39, annexe (les Principes de Johannesburg). Cette déclaration de principe faisait suite à une réunion de juristes qui avait été organisée à Johannesburg en 1996 par un organisme de lutte contre la censure. Cette déclaration est fréquemment utilisée pour interpréter l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, mais elle n'a pas de statut officiel en droit interne ou en droit international.

[74] Notre Cour a formellement cité le Principe 2b) des Principes de Johannesburg à l'appui de la proposition que les gouvernements ne peuvent refuser de divulguer des renseignements à des fins indirectes (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 60). Le Principe 2b) dispose qu'une restriction à la liberté d'expression ou à l'accès à l'information n'est pas légitime si son seul but est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, 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. Toutefois, en citant ce principe, la Cour n'a pas adhéré à la conception étroite des intérêts légitimes de sécurité nationale énoncée ailleurs dans la déclaration.

[75] L'avis des experts au sujet de ce qui constitue un intérêt légitime de sécurité nationale a été expressément écarté par la juge Danièle Tremblay-Lamer dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 67, au paragraphe 78. J'abonde dans son sens lorsqu'elle affirme que la définition de la déclaration de Johannesburg est trop restrictive et qu'elle ne tient pas compte des autres raisons pouvant justifier la protection de la confidentialité de renseignements qui sont considérés comme privilégiés en droit canadien.

[76] Pour interpréter le sens de l'expression « danger pour la sécurité du Canada », la juge Arbour a déclaré, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 88 à 90

interpreted flexibly. To insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test sets the bar too high. 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.

[77] Parliament's reference to both security and defence as national interests to be protected must be taken to mean that they are not synonymous. In *Arar*, above, at paragraph 62, Justice Noël cited the 7th edition of *Black's Law Dictionary* definition of "national defence" as including "[a]ll measures taken by a nation to protect itself against its enemies" including protection of the nation's collective ideals and values. The latter aspect of that definition may fall more accurately within the scope of the meaning of "national security" than national defence, but it captures the broad sense of the term.

[78] National security is a broad and inherently vague concept that defies precise definition. I have no doubt, however, that it includes a wider range of interests than territorial integrity or the capacity to respond to the use or threat of force. Among other things, in Canada it has been said to encompass "the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people" and the protection of our values and key institutions: see the discussion in Craig Forcece, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15 *IRPP Choices* 1, at page 7; see also *Arar*, above, at paragraphs 63–68. Justice Noël concluded at paragraph 68 of *Arar* that 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. I agree with that conclusion.

[79] The third national interest to be considered is the risk of injury to Canada's international relations. Again,

(l'arrêt *Suresh*), que cette expression devait recevoir une interprétation souple. Exiger comme critère une preuve directe que la menace vise précisément le Canada fixerait la barre trop haut. La menace doit être grave, en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve et que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

[77] On doit comprendre du fait que le législateur fédéral mentionne à la fois la sécurité et la défense en tant qu'intérêts nationaux à protéger que ces termes ne sont pas synonymes. Dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 62, le juge Noël cite la définition de l'expression « *national defence* » (défense nationale) que l'on trouve dans la 7^e édition du *Black's Law Dictionary*, [TRADUCTION] « [t]ous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis », ce qui englobe la protection, par une nation, de son idéal collectif et de ses valeurs collectives. Ce dernier aspect de cette définition correspond davantage au sens de l'expression « sécurité nationale » qu'à celui des mots « défense nationale », mais il rend compte de la vaste acception de cette expression.

[78] La sécurité nationale est un concept large et intrinsèquement vague qui ne se prête à aucune définition précise. Je ne doute toutefois pas que ce concept englobe des intérêts qui vont au-delà de l'intégrité territoriale ou la capacité de répondre à l'usage ou à la menace d'usage de la force. Au Canada, cette notion s'entend notamment de [TRADUCTION] « la préservation d'un mode de vie acceptable pour la population canadienne » et de [TRADUCTION] « la protection de nos valeurs et nos principales institutions » (voir l'analyse de Craig Forcece, « Canada's National Security "Complex": Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 *IRPP Choices* 1, à la page 7; voir aussi la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 63 à 68). Le juge Noël a conclu, au paragraphe 68 de la décision *Arar*, que la sécurité nationale s'entendait 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. Je souscris à cette conclusion.

[79] Le troisième intérêt national dont on doit tenir compte est le risque de préjudice aux relations

this cannot be read as synonymous with either national defence or national security. Parliament deemed it necessary to protect sensitive information that would harm Canada's relations abroad if it were to be publicly disclosed, in keeping with the accepted conventions on diplomatic confidentiality.

[80] This protection extends to the free and frank exchanges of information and opinions between Canada's diplomats and other public officials and their foreign counterparts, without which Canada could not effectively participate in international affairs. Similar protection is contained in mandatory and discretionary terms in the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, sections 13 [as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 107; c. 27, ss. 16, 22; 2006, c. 10, s. 32; 2008, c. 32, s. 26], 15. Absent consent, the head of a government institution shall refuse to disclose any record that contains information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an institution thereof (section 13). The head of a government institution may also refuse to disclose any information which may reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs (section 15).

[81] Generally, information already in the public domain cannot be protected from disclosure as it will be presumed, subject to evidence to the contrary, that there will be no injury from its further disclosure. This applies in particular where the Crown has deliberately disclosed documents in the course of litigation: *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 26. But there may be other situations in which the information has been publicly released and the harm of disclosure, if any, has already occurred. In *Mohamed*, above, for example, related information had already been released in U.S. court proceedings and the substance of the redacted paragraphs at issue could be read or discerned from the public portion of the trial court judgment. The Court of Appeal ordered the release of

internationales du Canada. Là encore, on ne peut considérer cette notion comme synonyme de celles de défense nationale ou de sécurité nationale. Le législateur fédéral a jugé nécessaire de protéger les renseignements sensibles qui porteraient préjudice aux relations étrangères du Canada s'ils étaient divulgués publiquement, conformément aux conventions admises en matière de secret diplomatique.

[80] Cette protection s'étend aux échanges libres et ouverts de renseignements et d'avis entre les diplomates canadiens et d'autres fonctionnaires et leurs homologues étrangers, sans lesquels le Canada ne pourrait participer efficacement aux affaires internationales. Une protection semblable est prévue dans la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, aux articles 13 [mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 107; ch. 27, art. 16, 22; 2006, ch. 10, art. 32; 2008, ch. 32, art. 26] et 15, où elle est formulée en termes d'obligation et de pouvoir discrétionnaire. À défaut de consentement, le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes (article 13). Le responsable d'une institution fédérale peut par ailleurs refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales (article 15).

[81] En règle générale, les renseignements qui se trouvent déjà dans le domaine public ne peuvent être protégés contre la divulgation parce qu'on présumera, sous réserve de preuves contraires, qu'une divulgation de plus ne causera pas de préjudice. On songe en particulier à la situation dans laquelle la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l'instance (*Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 26). Mais il peut exister d'autres situations dans lesquelles les renseignements ont déjà été communiqués au public et dans lesquelles le préjudice causé par leur divulgation, s'il en est, a déjà eu lieu. Dans l'affaire *Mohamed*, précitée, par exemple, des renseignements connexes avaient déjà été communiqués au cours d'un procès se déroulant

the paragraphs for that reason and because it was not convinced that injury would result.

[82] The presumption that the disclosure of information already in the public domain will not cause further injury is not irrebuttable. As Justice Noël observed in *Arar*, above, at paragraph 56:

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.

[83] In the context of this case, the respondents submit that several documents produced in heavily redacted form state that the information they contain was provided by, among others, CSIS to the courts or to other agencies of the Government on the basis that it was anticipated that the information may be used in judicial proceedings. It is submitted that this is a waiver of any public interest privilege that might attach to the information. Similarly, the respondents submit that the statements of defence in the underlying actions cite and rely on some of the withheld information. I agree with the respondents that these are relevant considerations in determining whether the injury claims can be sustained.

[84] Each of the public affiants identified categories of information which they considered posed a risk of injury to Canada's national security, national defence or international relations. Similar but more specific evidence was received *in camera*. The public affidavit of the CSIS affiant, Bradley Evans, listed the categories of concern to CSIS as information that would:

aux États-Unis et l'on pouvait discerner la substance des passages censurés en question en lisant la partie publique du jugement du tribunal de première instance. La Cour d'appel a ordonné la communication des passages en question pour cette raison et parce qu'elle n'était pas convaincue qu'un préjudice en découlerait.

[82] La présomption suivant laquelle la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public ne causera pas d'autre préjudice n'est pas irréfutable. Ainsi que le juge Noël l'a fait observer dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 56 :

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.

[83] Dans le contexte de la présente affaire, les défendeurs affirment que plusieurs des documents qui ont été fortement censurés renferment une mention suivant laquelle les renseignements qu'ils contiennent ont été fournis, notamment, par le SCRS aux tribunaux ou à d'autres organismes gouvernementaux au motif qu'on prévoyait qu'ils seraient utilisés dans le cadre d'un procès. Les défendeurs y voient une renonciation à prétendre que ces renseignements permettent d'invoquer un privilège d'intérêt public. Dans le même ordre d'idées, ils affirment que les défenses déposées dans les actions principales citent certains des renseignements refusés et se fondent sur eux. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire qu'il s'agit là de considérations pertinentes pour déterminer si les présumés préjudices peuvent être établis.

[84] Chacun des auteurs des affidavits publics a identifié des catégories de renseignements qui, à son avis, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales du Canada. Des éléments de preuve semblables mais plus précis ont été admis à huis clos. L'affidavit public que Bradley Evans a souscrit au nom du SCRS énumère des catégories de renseignements qui, selon ce que craint le SCRS :

- a. identify or tend to identify the Service's interest in individuals, groups or issues, including the existence or non-existence of past or present files, the intensity of investigations, or the degree or lack of success of investigations;
- b. identify or tend to identify methods of operation and investigative techniques utilized by the Service;
- c. identify or tend to identify relationships that the Service maintains with other police and security and intelligence agencies and would disclose information exchanged in confidence with such agencies;
- d. identify or tend to identify employees, internal procedures and administrative methodologies of the Service, such as names and file members;
- e. identify or tend to identify human sources of information for the Service or the content of information provided by human sources which, if disclosed, could lead to the identification of human sources.
- a. révéleraient ou tendraient à révéler l'intérêt du Service en ce qui concerne certains individus, groupes ou sujets, y compris l'existence ou l'inexistence de dossiers actuels ou passés, l'intensité des enquêtes ou le degré de succès ou l'insuccès des enquêtes;
- b. révéleraient ou tendraient à révéler les modes de fonctionnement et les techniques d'enquête utilisées par le Service;
- c. révéleraient ou tendraient à révéler les rapports que le Service entretient avec d'autres services de police, de sécurité ou de renseignement et divulguerait des renseignements échangés sous le sceau du secret avec ces organismes;
- d. révéleraient ou tendraient à révéler des employés, des procédures internes et des méthodes administratives du Service, comme des noms et des numéros de dossiers;
- e. révéleraient ou tendraient à révéler les sources humaines des renseignements du Service ou le contenu des renseignements fournis par des sources humaines qui, s'ils étaient divulgués, pourraient permettre d'identifier les sources humaines en question.

[85] The RCMP public deponent cited concerns about information received from foreign agencies, information about RCMP members and that received from human sources. A manager in the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) deposed that the department wished to have certain sensitive information protected on the ground that disclosure would be injurious to Canada's international relations. Affidavit evidence was received from a representative of the Canada Border Services Agency (CBSA) regarding certain operational information they wished to protect.

[85] Les auteurs des affidavits publics de la GRC ont fait état de leurs préoccupations au sujet des renseignements obtenus d'organismes étrangers, des renseignements portant sur des membres de la GRC et ceux provenant de sources humaines. Un gestionnaire du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) a expliqué que le Ministère souhaitait faire protéger certains renseignements sensibles au motif que leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales du Canada. Un affidavit a été souscrit par un représentant de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) au sujet de certains renseignements opérationnels que l'ASFC souhaitait protéger.

[86] An officer of the Canadian Forces (CF or Forces) deposed that the Forces and the Department of National Defence (DND) were concerned about certain information that could identify military capabilities and operations in Afghanistan or compromise the safety of

[86] Un agent des Forces armées canadiennes (les Forces ou les FC) a expliqué que les Forces et le ministère de la Défense nationale (MDN) étaient préoccupés par certains renseignements qui permettraient d'identifier le potentiel et les opérations militaires en

individuals engaged in those operations. As I understand the respondents' submissions, they have not questioned the need to protect any information respecting military capabilities and operations or that identifies military personnel that may be in the redacted documents. I am satisfied that the information is entirely peripheral to the issues in the underlying civil claims and is of no evidentiary value, the risk of injury has been established and there is no outweighing public interest in disclosure.

[87] In the context of a security certificate proceeding, *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, at paragraph 89, Justice Eleanor Dawson provided examples of the type of information which she considered must be kept confidential as follows:

1. Information obtained from human sources, where disclosure of the information would identify the source and put the source's life in danger. . . . As well, jeopardizing the safety of one human source will make other human sources or potential human sources hesitant to provide information if they are not assured that their identity will be protected.
2. Information obtained from agents of the Service, where the disclosure of the information would identify the agent and put the agent's life in danger.
3. Information about ongoing investigations where disclosure of the information would alert those working against Canada's interest and allow them to take evasive action.
4. Secrets obtained from foreign countries or foreign intelligence agencies where unauthorized disclosure would cause other countries or agencies to decline to entrust their own secret information to an insecure or untrustworthy recipient. . . .
5. Information about the technical means and capacities of surveillance and about certain methods or techniques of investigation of the Service where disclosure would assist persons of interest to the Service to avoid or evade detection or surveillance or the interception of information.

Afghanistan ou de compromettre la sécurité des personnes engagées dans ces opérations. Si j'ai bien saisi leurs arguments, les défendeurs ne remettent pas en question la nécessité de protéger les renseignements qui peuvent se trouver dans les documents censurés et qui portent sur le potentiel et les opérations militaires ou qui permettraient d'identifier le personnel militaire. Je suis convaincu que ces renseignements sont tout à fait secondaires par rapport aux questions en litige dans les demandes civiles principales et qu'elles n'ont aucune valeur comme preuves. J'estime également que le risque de préjudice a été établi et que l'intérêt public à ce que les renseignements soient divulgués ne l'emporte pas.

[87] Dans le contexte d'une instance portant sur un certificat de sécurité, *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, au paragraphe 89, la juge Eleanor Dawson donne des exemples de renseignements dont on doit selon elle préserver le caractère confidentiel :

1. Les renseignements provenant de sources humaines, lorsque leur divulgation permettrait d'identifier la source et risquerait de mettre sa vie en danger [...] La mise en danger d'une source humaine risque en outre de dissuader d'autres sources ou sources potentielles de renseignements, qui auront scrupule à fournir des informations s'ils ne sont pas sûrs que leur identité sera protégée.
2. Les renseignements provenant d'agents du Service, lorsque la divulgation permettrait d'identifier l'agent et mettrait sa vie en péril.
3. Les renseignements concernant des enquêtes en cours lorsque la divulgation de ces renseignements alerterait ceux qui agissent contre les intérêts du Canada, leur permettant de se soustraire aux recherches.
4. Les secrets transmis par des pays étrangers ou des services de renseignement étrangers, lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou ces services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n'est pas digne de confiance ou qui n'est pas à même d'en assurer la confidentialité [...]
5. Les renseignements concernant les techniques et les moyens de surveillance ainsi que certaines méthodes ou techniques d'enquête employées par le Service, lorsque cette divulgation aiderait à se soustraire à la détection, à la surveillance ou à l'interception de leurs communications, des personnes ayant attiré l'attention du Service.

[88] These factors are frequently cited in proceedings where the confidentiality of government information is in question. At first impression, they are similar to the categories of risk identified by Mr. Evans and the other government witnesses in their evidence. The *Harkat* factors call for a definite conclusion to be drawn that harm would result from disclosure of the information. That is also the finding that the Court must make in the application of the second stage of the *Ribic* test. It is not sufficient that the potential for risk is identified, although that standard may be used by public officials in making public interest privilege claims.

[89] The respondents have raised a number of issues with respect to the applicant's claims that injury would result from disclosure of information falling within the categories identified by the witnesses in the public evidence. I will deal with those issues I think it necessary to address, to the extent that I can in these public reasons.

(a) *Quality of the Evidence*

[90] The respondents submit that the applicant's public affidavit evidence is of a deliberately low evidentiary quality and fails to meet the standards required by rule 81 [as am. by SOR/2009-331 s. 2] of the *Federal Courts Rules*. They rely on the fact that the three affiants representing CSIS, the RCMP and DFAIT had no personal involvement in or knowledge of the matters at issue. None of them participated in the events concerning the detention of the three principal claimants, nor played a role in either the O'Connor Commission or the Iacobucci Inquiry. They were not directly involved in responding to the recommendations in those inquiry reports. With the exception of the RCMP affiant, they had not read the collection of documents produced for disclosure. The CSIS affiant had read document 171. He and the DFAIT affiant relied on information provided by others to support their statements as to the categories which they sought to protect.

[88] Ces facteurs sont fréquemment cités dans les instances dans lesquelles la confidentialité des documents gouvernementaux est en cause. De prime abord, ils sont semblables aux catégories de risques énumérées par M. Evans et par les autres témoins du gouvernement dans leur témoignage. Les facteurs énumérés dans la décision *Harkat* exigent que l'on conclue de façon péremptoire que la divulgation des renseignements causerait un préjudice. C'est également la conclusion que la Cour doit tirer lorsqu'elle applique le second volet du critère de l'arrêt *Ribic*. Il ne suffit pas de cerner le risque éventuel, bien que les fonctionnaires puissent utiliser cette norme pour revendiquer un privilège au titre de l'intérêt public.

[89] Les défendeurs ont soulevé plusieurs questions en ce qui concerne la prétention du demandeur suivant laquelle la divulgation des renseignements entrant dans les catégories identifiées par les témoins dans leur témoignage public causerait un préjudice. Je vais examiner les questions que j'estime nécessaire d'aborder dans la mesure où je peux le faire dans les présents motifs publics.

a) *Qualité de la preuve*

[90] Les défendeurs affirment que les affidavits publics soumis par le demandeur ont une qualité délibérément faible en tant que preuves et qu'ils ne satisfont pas aux normes exigées par la règle 81 [mod. par DORS/2009-331, art. 2] des *Règles des Cours fédérales*. Ils se fondent sur le fait que les trois personnes qui ont souscrit des affidavits au nom du SCRS, de la GRC et du MAECI n'avaient aucune connaissance personnelle des faits en question et qu'aucune d'entre elles n'a participé aux événements se rapportant à la détention des trois demandeurs principaux et qu'aucune n'a joué un rôle lors des travaux de la Commission O'Connor ou lors de l'enquête Iacobucci. Elles n'ont pas participé directement aux réponses données aux recommandations formulées dans les rapports d'enquête en question. À l'exception du souscripteur d'affidavit de la GRC, aucune de ces personnes n'avait pris connaissance de la série de documents qui ont été produits aux fins de divulgation. Le souscripteur d'affidavit du SCRS avait lu le document 171. Lui et l'auteur de l'affidavit du

[91] The Court was urged to give this evidence no weight or to strike it out entirely, as the deponents lacked independence, qualifications and the necessary relevant factual foundation to give proper expert opinion testimony on matters before the Court. The respondents say that the public affidavits consist of advocacy, not evidence, and are therefore worthless except to the extent that they may serve as an aid to argument by the Attorney General as to the categories of protectable interests.

[92] Subsection 81(1) [of the *Federal Courts Rules*] provides that affidavits shall be confined to facts within the deponent's personal knowledge, save for in motions, in which statements as to the deponent's belief with the grounds therefore may be included. Where an affidavit is made on belief, subsection 81(2) provides that an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts. As interpreted in the jurisprudence, the requirement that affidavits be confined to personal knowledge does not exclude hearsay evidence: *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.). Moreover, it may be apparent from the context why the best evidence is not available: *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360 (C.A.).

[93] In the particular context of section 38 applications, I think it is apparent that the applicant is unable to put forward public affiants for cross-examination who may have first-hand knowledge of the facts or events at issue or the redacted content of the documents in question. This is because they may inadvertently disclose the very information which the applicant is seeking to protect. The practice of the Court in these matters is not to treat these affiants as experts, but as

MAECI se sont fiés aux renseignements fournis par d'autres personnes à l'appui de leurs déclarations au sujet des catégories de renseignements qu'ils cherchaient à protéger.

[91] On a exhorté la Cour à n'accorder aucun poids à ces éléments de preuve ou à les radier purement et simplement au motif que les déclarants n'ont pas l'indépendance, la compétence ou les connaissances factuelles voulues pour donner un témoignage d'expert approprié sur les questions soumises à la Cour. Les défendeurs affirment que les affidavits publics consistent en un plaider et non en un témoignage et qu'ils n'ont donc aucune valeur sauf dans la mesure où ils peuvent étayer la thèse du procureur général au sujet des catégories d'intérêts susceptibles d'être protégées.

[92] Aux termes du paragraphe 81(1) des *Règles des Cours fédérales*, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui. Le paragraphe 81(2) prévoit que lorsqu'un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables. Suivant la jurisprudence, l'obligation que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle n'exclut pas la preuve par ouï-dire (*Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.)). De plus, les raisons pour lesquelles la meilleure preuve n'est pas disponible peuvent ressortir du contexte (*Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.)).

[93] Dans le contexte particulier des demandes prévues à l'article 38, je crois qu'il est évident que le demandeur n'est pas en mesure de proposer, en vue de les soumettre à un contre-interrogatoire, des souscripteurs d'affidavits publics qui peuvent avoir une connaissance personnelle des faits ou des événements en cause en ce qui concerne les passages expurgés des documents en litige. Cette situation s'explique par le fait que ces personnes risquent de divulguer par

representative witnesses to give evidence as to the nature, in general, of the grounds for which the claims of privilege are asserted. In that sense, their evidence is helpful to the Court and to the respondents, but does not carry a great deal of weight with respect to the specific privilege claims.

[94] It should be recalled that it is only a relatively short period of time since these proceedings were heard entirely in private. Chief Justice Lutfy's decision to read down the statutory provisions which required that the proceedings be concealed has had the salutary effect of making the process much more transparent and open: *Toronto Star*, above. But these proceedings are not a trial or a judicial review in which the normal standards for the reception of evidence apply. Section 38 is, in effect, a self-contained code for the determination of questions of public interest privilege. That code necessarily includes private hearings in which the Court may hear the evidence of witnesses familiar with the contents of the documents and closely scrutinize the information at issue. This is where the Court must determine whether the quality of the applicant's evidence is sufficient to uphold the claims.

(b) *Deference*

[95] In determining whether injury to national security, national defence or international relations would result from disclosure, the jurisprudence holds that the Court must give considerable weight to the Attorney General's submissions given the access that office holder has to special information and expertise: *Suresh*, above, at paragraph 31; see also *Mohamed*, above, at paragraph 174. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public: *Ribic*, at paragraph 19. That being said, questions naturally arise. How much deference is appropriate? How does deference apply in a practical sense to a particular

inadvertance les renseignements mêmes que le demandeur cherche à protéger. La pratique de la Cour en la matière consiste à ne pas considérer ces souscripteurs d'affidavits comme des experts, mais comme des témoins représentatifs qui témoignent de façon générale au sujet de la nature des raisons pour lesquelles un privilège est revendiqué. En ce sens, leur témoignage est utile tant pour le tribunal que pour les défendeurs, mais il n'a pas beaucoup de poids en ce qui concerne des revendications de privilège précises.

[94] On se souviendra qu'il n'y a pas si longtemps ce genre d'audience se déroulait entièrement à huis clos. La décision du juge en chef Lutfy de donner une interprétation atténuée des dispositions législatives qui exigeait le secret des audiences a eu comme effet salutaire de rendre le processus beaucoup plus transparent et ouvert (décision *Toronto Star*, précitée). Mais il ne s'agit pas d'un procès ou d'un contrôle judiciaire dans lesquels les normes habituelles d'admissibilité de la preuve s'appliquent. L'article 38 constitue en fait un code complet portant sur la détermination des questions de privilège d'intérêt public. Ce code prévoit nécessairement des audiences à huis clos au cours desquelles la Cour peut entendre des témoins qui connaissent bien la teneur des documents en cause et qui peuvent analyser à fond les renseignements en question. C'est dans cette situation que la Cour doit déterminer si la qualité de la preuve du demandeur est suffisante pour faire droit à ses prétentions.

b) *Retenue*

[95] Suivant la jurisprudence, pour décider si la divulgation est susceptible de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la Cour doit accorder un poids considérable aux observations du procureur général, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise (arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 31; voir aussi la décision *Mohamed*, précitée, au paragraphe 174). Le procureur général exerce un rôle de protecteur en ce qui concerne la sécurité du public (arrêt *Ribic*, au paragraphe 19). Cela étant dit, des questions se posent naturellement. Quel est le degré de retenue

item of information? Does the nature of the underlying proceeding make a difference?

[96] The respondents submit that there are flaws in the process used by the Attorney General to determine and submit his claims to withhold information from disclosure, and that these flaws should reduce, or entirely eliminate, any deference that this Court could or should otherwise apply to the applicant's assessment of risk.

[97] The principal flaw which the respondents submit should limit deference is that the assessment of whether injury would result from disclosure is delegated to officials in the Department of Justice and other departments. As noted above, the authority to act in the Attorney General's name is expressly delegated to senior litigation officials in his department. They act on the advice and instructions of officials in other departments and agencies who have responsibility for the subject-matter in question. These officials review the documents to identify "potentially injurious" and "sensitive information" which, in their view, should be redacted. This is an institutional function performed for the most part by staff and managers up to the director level. Ministers and deputy ministers are not directly involved.

[98] The respondents submit that, based on the cross-examination of the applicant's public affiants, in reviewing the documents being produced for discovery, these officials do not consider whether disclosure of a particular item of information would be harmful. Rather, they determine whether the information falls into one or more of the pre-identified categories described above. These determinations, it is suggested, are then accepted at face value by the Justice officials who act on behalf of the Attorney General. The respondents argue that the Attorney General has abdicated his responsibility to assess whether disclosure would cause injury to the protected national interests. In the result, they contend,

approprié? Comment la retenue s'applique-t-elle concrètement à un renseignement déterminé? La nature de l'instance principale a-t-elle une incidence?

[96] Les défendeurs affirment que la procédure suivie par le procureur général pour déterminer et soumettre ses observations en vue de refuser la divulgation de certains renseignements est entachée d'irrégularités qui réduisent, voire éliminent, la retenue dont notre Cour pourrait ou devrait faire preuve en ce qui concerne l'appréciation du risque faite par le demandeur.

[97] La principale faille qui, selon les défendeurs, devrait limiter le degré de retenue est le fait que l'évaluation de la question de savoir si la divulgation entraînerait un préjudice est déléguée à des fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres ministères. Comme nous l'avons déjà expliqué, le pouvoir d'agir au nom du procureur général est expressément délégué aux hauts fonctionnaires de son ministère qui sont chargés du contentieux et qui agissent sur le conseil et conformément aux directives que leur donnent les fonctionnaires d'autres ministères et organismes qui sont chargés de ces questions. Ces fonctionnaires examinent les documents pour déceler les « renseignements potentiellement préjudiciables » et les « renseignements sensibles » qui, à leur avis, devraient être retranchés. Il s'agit d'une tâche administrative qui est essentiellement exécutée par le personnel et les gestionnaires jusqu'au niveau de directeur. Les ministres et les sous-ministres n'interviennent pas directement.

[98] Les défendeurs affirment que, suivant le contre-interrogatoire des souscripteurs des affidavits publics du demandeur, lors de l'examen des documents produits lors de l'enquête préalable, les fonctionnaires en question ne se demandent pas si la divulgation d'un renseignement particulier serait préjudiciable. Ils se demandent plutôt si les renseignements entrent dans une ou dans plusieurs des catégories prédéterminées. Les défendeurs font valoir que ces décisions sont acceptées telles quelles par les fonctionnaires du ministère de la Justice, qui agissent au nom du procureur général. Les défendeurs soutiennent que le procureur général a abdiqué sa responsabilité d'évaluer si la divulgation causerait un

little or no deference is owed to the decisions made in his name.

[99] It is correct, as the respondents submit, that at common law, public interest privilege claims required the issuance of a certificate by the responsible Minister that disclosure of the information in question would be injurious to an important government interest. This is still the practice in the United Kingdom and the United States. The contention is that the effect of taking the claims up the “ministerial briefing ladder” resulted in only credible and important claims being advanced for which the Minister would be ultimately accountable in the political process. This avoided systemic over-claiming which, the respondents argue, results from the current practice.

[100] It is trite law that a minister of the Crown is not expected to perform all of the many and varied powers conferred on him or her unless it is expressly required by the statute conferring the powers: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. The *Carltona* principle is enshrined in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 24(2) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89].

[101] I think it is clear from the jurisprudence that at common law, Ministers exercised the discretion to issue a certificate by identifying a broad class of documents for which the privilege was claimed rather than, as is the practice now, portions of the content of the documents. In *Carey*, above, for example, the government sought to protect all documents dealing with the transaction in question. Claims were not advanced on the basis of the type of detailed assessment of each item of information that is done now but rather by reference to a class of documents. Today, to facilitate the process, those doing the assessment rely on the categorization of types of

préjudice aux intérêts nationaux protégés. Ils soutiennent qu’en conséquence, il n’y a pas lieu de faire preuve d’un degré élevé de retenue en ce qui concerne les décisions qui sont prises en son nom, si tant est qu’on doive faire preuve de quelque retenue que ce soit envers elles.

[99] Il est exact de dire, comme les défendeurs le font valoir, qu’en common law, les revendications de privilège fondées sur l’intérêt public nécessitaient la délivrance d’un certificat par le ministre compétent qui atteste que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice à un intérêt gouvernemental important. C’est l’usage qui a toujours cours au Royaume-Uni et aux États-Unis. L’argument veut que le fait de soumettre les revendications de privilège à un examen à chaque palier des ministères permette de ne retenir que celles qui sont crédibles et importantes et pour lesquelles le ministre aurait en définitive à rendre compte dans le cadre du processus politique. On évite ainsi les revendications excessives systémiques que l’usage actuel favorise, selon les défendeurs.

[100] Il est de jurisprudence constante qu’on ne s’attend pas à ce qu’un ministre exerce les nombreux et divers pouvoirs qui lui sont conférés à moins d’y être tenu par la loi qui lui confère les pouvoirs en question (*Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12). Le principe établi dans l’arrêt *Carltona* est consacré au paragraphe 24(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89] de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

[101] Je crois qu’il ressort à l’évidence de la jurisprudence qu’en common law, les ministres étaient investis du pouvoir discrétionnaire de délivrer un certificat en identifiant une vaste catégorie de documents pour lequel le privilège était réclamé alors que, selon l’usage actuel, il suffit d’identifier des parties du contenu des documents. Par exemple, dans l’affaire *Carey*, précitée, le gouvernement cherchait à protéger tous les documents portant sur l’opération en cause. Les revendications n’étaient pas fondées sur le genre d’évaluation approfondie de chaque renseignement à laquelle on procède maintenant, mais plutôt sur une catégorie de documents.

information that has been previously found to risk injury to the protected interests.

[102] I think it doubtful that the personal involvement of Ministers in the process would eliminate or reduce systemic overclaiming, as the respondents suggest. This concern arises most often in the context of third-party information, where claims are made that sensitive information subject to express or implied caveats would no longer be provided by intelligence partners if disclosed. Governments rely on the flow of information provided by intelligence sharing arrangements: see, for example, the controversy which arose in the United Kingdom over the disclosure of information provided by the U.S. in the *Mohamed* case: “Hillary Clinton made security help ‘threat’ to David Miliband over Binyam Mohamed case”, *The Telegraph* (29 July 2009); “U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing”, *The Wall Street Journal* (11 February 2010). Even with a change of government, the effects of the *Mohamed* decision continue to be a matter of concern to U.K. ministers: see “Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal”, *The Telegraph* (7 July 2010).

[103] The fact that the assessment of probable injury is not carried out personally by the Attorney General but rather by a departmental official has no bearing, in my view, on the question of whether deference is due that assessment. Ministers take advice from their officials on questions such as this and the access to special information and expertise referred to by the Court of Appeal in *Ribic*, above, is institutional rather than personal. Ministers and deputy ministers come and go and are unlikely to personally gain sufficient knowledge and familiarity with intelligence matters so as to assess whether a claim of injury from disclosure is likely or not. They have to rely on the officials who do this work on a day to day basis, and who gain an appreciation

De nos jours, pour faciliter le processus, ceux qui procèdent à l'évaluation se fondent sur la catégorisation des types de renseignements au sujet desquels on a déjà conclu qu'ils risquaient de porter préjudice à des intérêts protégés.

[102] Selon moi, il est permis de douter que la participation personnelle des ministres au processus permettrait de supprimer ou de réduire les revendications excessives systémiques, comme les défendeurs le laissent entendre. Cette préoccupation est soulevée le plus souvent dans le cas de renseignements provenant de tiers, lorsqu'on soutient que les renseignements sensibles faisant l'objet de mises en garde explicites ou implicites ne seraient plus fournis par les services de renseignements associés s'ils étaient divulgués. Les gouvernements s'en remettent aux renseignements qui leur sont régulièrement fournis aux termes d'ententes d'échange de renseignements (voir, par exemple, la controverse qui a été déclenchée au Royaume-Uni au sujet de la divulgation de renseignements communiqués par les États-Unis dans l'affaire *Mohamed* : « Hillary Clinton made security help “threat” to David Miliband over Binyam Mohamed case », *The Telegraph* (29 juillet 2009); « U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing », *The Wall Street Journal* (11 février 2010)). Même à la suite du changement de gouvernement, les répercussions de la décision *Mohamed* continuent à préoccuper les ministres britanniques (voir « Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal », *The Telegraph* (7 juillet 2010)).

[103] Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le procureur général mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence, à mon avis, sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation. Les ministres consultent leurs fonctionnaires sur des questions comme celle-ci, et l'accès à l'expertise et aux renseignements spéciaux auxquels la Cour d'appel a fait allusion dans l'arrêt *Ribic*, précité, participe non pas d'une démarche personnelle, mais d'un mécanisme institutionnel. Les ministres et les sous-ministres se succèdent et il est peu probable qu'ils acquièrent des connaissances suffisantes des questions ayant trait au renseignement pour être en

for what will or will not result in the flow of valuable intelligence from foreign partners being cut off, or is otherwise problematic from a security or international relations perspective.

[104] I do not agree with the respondents' submission that "the process followed makes nonsense of the relevant notice and authorization provisions". In my view, the provisions of section 38.01 are deliberately broad to permit notice to be given that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding by either a "participant" or an "official". The respondents assume that "official" in the context of section 38.01 refers solely to an employee of one of the departments or agencies who are legal services clients of the Department of Justice. That is incorrect. The legislation does not establish a process in which a claim to sensitivity or potential injury may be raised only by notice from an official who is an employee of a department other than Justice.

[105] A member of the litigation team is a "participant" who may give notice but that does not preclude notice being given by an official who is not a participant in the litigation but is, otherwise, an employee of the Department of Justice. While the exception in paragraph 38.01(6)(c) provides for disclosure to be authorized by the government institution in which, or for which, the information was produced, or where it was first received, that provision operates in addition to the general scheme under which the Attorney General may authorize disclosure.

[106] The respondents have raised concerns about the timing of the notices provided in this case, particularly with regard to document 171. Notice in respect of that document was given a month after it had been disclosed. The respondents submit that subsection 38.01(3) does

mesure de déterminer si la divulgation risque ou non de causer un préjudice. Ils doivent s'en remettre aux fonctionnaires qui effectuent ce travail de façon quotidienne et qui deviennent habiles à déterminer les conséquences qu'entraînerait une interruption de l'échange de renseignements secrets précieux provenant de partenaires étrangers et à discerner ce qui peut par ailleurs se révéler problématique du point de vue de la sécurité ou des relations internationales.

[104] Je ne suis pas d'accord avec les défendeurs pour dire que [TRADUCTION] « la procédure suivie vide de leur sens les dispositions applicables en matière d'avis et d'autorisation ». À mon avis, l'article 38.01 a été délibérément rédigé de façon large pour permettre de donner un avis portant que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables risquent d'être divulgués dans le cadre d'une instance par un « participant » ou par un « fonctionnaire ». Les défendeurs présument que le terme « fonctionnaire » dans le contexte de l'article 38.01 s'entend uniquement d'un employé d'un des ministères ou des organismes qui sont des clients des services juridiques du ministère de la Justice. C'est inexact. La loi ne prévoit pas de procédure qui permet de faire état de l'existence de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables sur simple avis adressé par un fonctionnaire qui est un employé d'un ministère autre que le ministère de la Justice.

[105] Le membre d'une équipe du contentieux qui est un « participant » peut donner un tel avis, ce qui n'empêche pas pour autant un fonctionnaire qui ne participe pas au litige mais qui est par ailleurs employé du ministère de la Justice de donner cet avis. Bien que l'exception prévue à l'alinéa 38.01(6)c) permette à l'institution fédérale qui a produit les renseignements ou pour laquelle ils ont été produits d'autoriser leur divulgation, cette disposition vient compléter le régime général dans le cadre duquel le procureur général peut autoriser la divulgation.

[106] Les défendeurs expriment des réserves au sujet du moment où les avis ont été donnés en l'espèce, surtout dans le cas du document 171. L'avis portant sur ce document a été donné un mois après la divulgation du document. Les défendeurs soutiennent que le

not provide for notices regarding information that “was” disclosed but rather is limited to information that “may be” disclosed, in the future. In the context of their request to provide closing *ex parte* written submissions on the content of document 171, the respondents also characterize the applicant’s concern that this would result in a further unauthorized disclosure as “utterly without merit”. I am not convinced that is the case. It seems to me that the legislative scheme contemplates the use of the notice procedure in order to prevent the disclosure of potentially injurious or sensitive information whether or not that information has been disclosed in the past. It is then up to the Court to determine whether the past disclosure vitiates or undermines the injury claim or, if satisfied that injury would still result, whether, on balance, the public interest favours further disclosure.

[107] In the particular context of this case, I believe that there was nothing improper in having members of the litigation team organize the process under which the documents would be reviewed by departmental officials. They had the responsibility of meeting the Attorney General’s obligation to produce documents for discovery, and the advantage of having participated in the Iacobucci Inquiry where all of these documents had been produced for the commission’s review. It was also proper for them to make the initial identification of documents in which there might be sensitive or potentially injurious information. The ultimate responsibility to make those claims rests with the Attorney General, as delegated to his officials.

[108] It is clear that unnecessarily broad claims were advanced at the outset of this process as they have been in other proceedings. This is evidenced in this case by the fact that the Attorney General has now “lifted” or removed redactions in 92 documents, having made a determination that no injury would result from disclosure of the redacted information. Thus I continue to have the concern I have expressed in other cases about overclaiming. I attribute this in most

paragraphe 38.01(3) ne parle pas d’avis portant sur les renseignements qui « ont été » divulgués mais qu’il se limite aux renseignements qui « peuvent » être divulgués à l’avenir. Dans le contexte de leur demande visant à soumettre *ex parte* des observations écrites au sujet de la teneur du document 171, les défendeurs qualifient par ailleurs de « dépourvues de tout fondement » les craintes du demandeur que cette mesure se traduise par une autre divulgation non autorisée. Je ne suis pas convaincu que ce soit le cas. Il me semble que le régime législatif prévoit le recours à la procédure d’envoi d’un avis pour empêcher la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou de renseignements sensibles, et ce, que ces renseignements aient déjà été divulgués ou non. Il revient ensuite à la Cour de déterminer si la divulgation passée vicie ou mine l’argument relatif à l’existence d’un préjudice ou, si elle est convaincue qu’un préjudice serait quand même causé, si, à tout prendre, l’intérêt public milite en faveur de la divulgation.

[107] Dans le contexte particulier de la présente affaire, j’estime qu’il n’y avait rien d’irrégulier à faire organiser par les membres de l’équipe du contentieux le processus par lequel les documents seraient examinés par les fonctionnaires du ministère. Ils étaient chargés de remplir l’obligation du procureur général de produire les documents dans le cadre de l’enquête préalable et ils avaient l’avantage d’avoir participé à l’enquête Iacobucci au cours de laquelle tous ces documents avaient été produits en vue d’être examinés par la Commission. Il convenait aussi qu’ils procèdent à l’identification initiale des documents pouvant contenir des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. C’est au procureur général qu’il revient en fin de compte de formuler ces revendications par le truchement des fonctionnaires qu’il délègue.

[108] Il est évident que des revendications inutilement larges ont été formulées au début du présent processus tout comme c’était le cas dans d’autres instances, ainsi que le démontre le fait que le procureur général a depuis supprimé le caviardage dans 92 documents, après avoir conclu que la divulgation des renseignements expurgés ne causerait aucun préjudice. Je maintiens donc les réserves que j’ai exprimées dans d’autres affaires au sujet des revendications excessives. J’attribue ce phénomène,

instances to the exercise of excessive caution on the part of the officials who initially conduct the reviews and their legal advisors. This requires decisions to authorize disclosure or not to be continually revisited, which unnecessarily delays applications before this Court and the underlying proceedings. Much of that could be avoided by closer examination of the claims and supporting grounds at an earlier stage by senior officials. This is an important government responsibility that must be adequately resourced.

[109] To illustrate systemic overclaiming, as the respondents have pointed out, Mr. Evans in his cross-examination conceded that CSIS does not consider the following matters when they conduct their review of the documents:

- the age of the investigation;
- the fact that the information or operating method in question is already publicly known;
- the fact that the information concerns operating methods that are no longer used and policies that are no longer in effect because of identified deficiencies and flaws; and
- whether the use of an appropriate alias would provide sufficient protection to a covert source.

[110] I agree with the respondents that these are all matters which are relevant to a determination of whether injury would result to the protected interests. Mr. Evans also confirmed that in his agency at least, the review process is done primarily by applying the categories he identified in his affidavit to the information contained in the documents. This inevitably will result in an overbroad assessment of risk until these decisions are reviewed. However, contrary to the respondents' submissions, I see no incompatibility between a review conducted on the basis that disclosure "could" result in injury and the test which the Court must employ under subsection 38.06(1), that disclosure "would" be

dans la plupart des cas, au fait que les fonctionnaires qui examinent les documents au départ et leurs conseillers juridiques font preuve d'une prudence excessive. Il faut, pour ce faire, revoir constamment la décision d'autoriser ou non la divulgation, ce qui retarde indûment les demandes soumises à notre Cour ainsi que le déroulement des instances principales. On pourra éviter en grande partie tout cela en faisant examiner de plus près les demandes et les motifs à l'appui dès le départ par de hauts fonctionnaires. Il s'agit d'une responsabilité gouvernementale importante pour laquelle il faut prévoir des ressources suffisantes.

[109] Pour illustrer le fait que, comme les défendeurs l'ont souligné, des revendications excessives systémiques sont présentées, M. Evans a admis, en contre-interrogatoire, que le SCRS ne tient pas compte des questions suivantes lorsqu'il procède à l'examen des documents :

- le temps écoulé depuis l'ouverture de l'enquête;
- le fait que les renseignements ou le mode de fonctionnement en question sont déjà connus du public;
- le fait que les renseignements concernent des modes de fonctionnement qui n'ont plus cours et des politiques qui ne sont plus en vigueur par suite des lacunes ou des failles qui ont été relevées;
- la question de savoir si l'utilisation de pseudonymes offrirait à une source secrète une protection suffisante.

[110] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire qu'il s'agit là de facteurs utiles pour déterminer si un préjudice serait causé à des intérêts protégés. M. Evans a également confirmé que, dans son organisme du moins, le processus d'examen s'effectue principalement par l'application des catégories qu'il a identifiées dans son affidavit aux renseignements contenus dans les documents. Il en résulte inévitablement une évaluation trop large du risque jusqu'au moment où cette décision est révisée. Toutefois, contrairement aux prétentions des défendeurs, je ne vois aucune incompatibilité entre un examen fondé sur le motif que la divulgation « serait susceptible » de causer un préjudice et le critère que la

injurious. Officials must employ the “could injure” standard because that is what is used in the definition of “potentially injurious information” in section 38 for which they are authorized to give notice under subsection 38.01(1).

[111] It is ultimately the responsibility of the Attorney General to decide whether to authorize disclosure of the information and, if not, to seek confirmation of that decision from the Court. I am satisfied that the senior officials to whom this responsibility has been delegated take the Attorney General’s task seriously, and do not simply rely on the categorizations employed by the other departments and agencies to impose a blanket claim of privilege. I have seen the process work effectively in several cases, resulting in disclosure decisions made by the Attorney General that are independent of the views expressed by departmental officials. That said, the process takes far too long, resulting in the frustrations expressed by the respondents and by the courts and public inquiries that must deal with these questions.

[112] There is no evidence in the record before me to support the respondents’ suggestion that the Attorney General has attempted to prevent disclosure of embarrassing information, or information unfavourable to the government’s defence in the underlying civil action, through unwarranted national security claims. But, as discussed above, even where the disclosure of information would expose a government to embarrassment, it may still be the subject of a valid section 38 claim, provided that avoiding embarrassment is not the “sole or genuine reason” for seeking to prevent disclosure: *Khadr* April 2008, above, at paragraph 89. I have found no reason to apply that principle in this case.

Cour doit employer en vertu du paragraphe 38.06(1) et suivant lequel la divulgation « porterait préjudice ». Les fonctionnaires doivent employer la norme suivant laquelle la divulgation « serait susceptible » (de porter préjudice) parce que c’est l’expression employée dans la définition des « renseignements potentiellement préjudiciables » à l’article 38 pour laquelle ils sont autorisés à donner leur avis en vertu du paragraphe 38.01(1).

[111] C’est en fin de compte au procureur général qu’il appartient de décider d’autoriser la divulgation des renseignements et, s’il ne l’autorise pas, de demander à la Cour de confirmer cette décision. Je suis convaincu que les hauts fonctionnaires à qui cette responsabilité a été déléguée prennent au sérieux la tâche confiée au procureur général et qu’ils ne s’en remettent pas simplement aux catégorisations retenues par d’autres ministères et organismes de manière à revendiquer sans discernement des privilèges. J’ai constaté que ce processus fonctionne efficacement dans plusieurs cas, et qu’il s’ensuit que le procureur général prend des décisions, en matière de divulgation, qui sont indépendantes des opinions exprimées par les fonctionnaires des ministères. Cela étant dit, le processus prend beaucoup trop de temps, ce qui provoque le genre de frustration exprimée tant par les défendeurs que par les tribunaux et les commissions d’enquête publique chargées d’examiner ces questions.

[112] Il n’y a aucun élément de preuve dans le dossier qui m’a été soumis pour appuyer la prétention des défendeurs suivant laquelle le procureur général a tenté d’empêcher la divulgation de renseignements embarrassants ou de renseignements défavorables à la défense du gouvernement dans l’action civile principale, par le biais de revendications de sécurité nationale injustifiées. Mais, comme nous l’avons déjà dit, même lorsque la divulgation de renseignements mettrait le gouvernement dans l’embarras, elle peut quand même faire l’objet d’une réclamation valide fondée sur l’article 38, à condition que le fait d’éviter d’être plongé dans l’embarras ne soit pas « la seule ou la véritable raison » pour laquelle le procureur général ne veut pas divulguer les renseignements (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, au paragraphe 89). J’estime qu’il n’y a aucune raison d’appliquer ce principe en l’espèce.

[113] In the particular context of this matter, the question also arises as to how much deference should be given to the decisions respecting disclosure made by Commissioner Iacobucci. This issue was addressed by Justice Noël in *Arar*, above, at paragraphs 29–36, with respect to the findings of the O’Connor Commission. His conclusion, which I adopt, was that the Court owed no deference to the Commissioner’s findings given the Court’s obligations under the statutory framework, the fact that different evidence was heard in public and *in camera* and that the section 38 application process was not a judicial review of the O’Connor Report. That is not to say that Commissioner Iacobucci’s findings may not inform the work of the Court, particularly where, as here, information which the government seeks to protect is now in the public domain with the publication of his report and supplement.

[114] The respondents cite a majority report of the House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security, *Review of the Findings and Recommendations Arising from the Iacobucci and O’Connor Inquiries: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security* (June 2009), which recommended that the Government of Canada officially apologize to the three principal respondents and pay them compensation for the suffering they endured. While the report is evidence of parliamentary support, albeit divided, for Commissioner Iacobucci’s findings, it does not assist the Court with the issues it must address in these proceedings. At best, it reflects a statement of political and, perhaps, popular opinion that is not relevant to my task.

(c) *The “Mosaic Effect”*

[115] As is common in these applications, the applicant’s public deponents state that in forming an opinion on the likelihood of damage to national security which could result from disclosure of the information at issue they had taken the “mosaic effect” into account. As

[113] Dans le contexte particulier de la présente affaire, il y a également lieu de se demander jusqu’à quel point il convient de faire preuve de retenue envers les décisions prises par le commissaire Iacobucci au sujet de la divulgation. Le juge Noël a abordé cette question dans la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 29 à 36, relativement aux conclusions de la Commission O’Connor. Je souscris à sa conclusion, à savoir que la Cour n’a pas à faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du commissaire, compte tenu des obligations imposées à la Cour par la loi, du fait que les témoignages qui ont été entendus en audience publique et à huis clos étaient différents et que le processus régissant la demande prévue à l’article 38 n’était pas un contrôle judiciaire du rapport O’Connor. Il ne faut pas pour autant penser que les conclusions du commissaire Iacobucci ne peuvent éclairer la Cour, surtout lorsque, comme en l’espèce, les renseignements que le gouvernement cherche à protéger font maintenant partie du domaine public avec la publication de son rapport et du supplément qui l’accompagne.

[114] Les défendeurs citent un rapport majoritaire du Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, *Examen des constats et recommandations émanant des enquêtes Iacobucci et O’Connor : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale* (juin 2009), qui recommandait que le gouvernement du Canada présente officiellement ses excuses aux trois défendeurs principaux et leur verse une indemnité pour les souffrances qu’ils avaient endurées. Bien que le rapport témoigne d’un appui, quoique non unanime, du Parlement en faveur des conclusions du commissaire Iacobucci, il n’aide pas la Cour à répondre aux questions qui lui sont soumises en l’espèce. Il reflète tout au plus un énoncé de politique et, peut-être, une opinion populaire qui est sans rapport avec la tâche qui m’est confiée.

c) *L’« effet de mosaïque »*

[115] Comme c’est souvent le cas avec ces demandes, les personnes qui ont souscrit des affidavits publics au nom du demandeur affirment que, pour se former une opinion sur le risque que la divulgation des renseignements en question porte préjudice à la sécurité nationale,

described by Craig Forcese in his text *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (Toronto: Irwin Law, 2008), at pages 419–420, this concept, when invoked by the government, posits that the release of even innocuous information can jeopardize national security if it can be pieced together with other data by a knowledgeable reader. The result is a “mosaic of little pieces of benign information that cumulatively discloses matters of true national security significance” (*National Security Law*, at page 420).

[116] The mosaic effect was described in Mr. Evans’ affidavit as follows:

Assessing the damage caused by disclosure of information cannot be done in the abstract or in isolation. It must be assumed that information will reach the hands of persons with knowledge of Service targets and the activities of this and other investigations. In the hands of an informed reader, seemingly unrelated pieces of information, which may not in and of themselves be or appear to be particularly sensitive, can be used to develop a more comprehensive picture when juxtaposed, compared or added to information already known by the recipient or available from another source.

[117] The respondents submit that the Court should be cautious in relying on the so-called “mosaic effect” to find injury or withhold information. The Major Inquiry report, above, notes, at Vol. III, at pages 175–176, that there is increasing judicial scepticism about this theory, citing my comments in *Khawaja*, above, at paragraph 136 and those of Justice Noël in *Arar*, above, at paragraph 84. The Commission was also skeptical about the validity of the effect in the absence of any evidence to demonstrate that it has occurred.

[118] The mosaic effect may be one of those statements of the obvious that are difficult to prove or

elles ont tenu compte de l’« effet de mosaïque ». Ainsi que Craig Forcese l’explique dans son ouvrage *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (Toronto : Irwin Law, 2008), aux pages 419 et 420, lorsqu’il est invoqué par le gouvernement, ce concept part du principe que la divulgation de renseignements mêmes anodins peut compromettre la sécurité nationale lorsqu’un observateur informé les associe avec d’autres données. Il en résulte une [TRADUCTION] « mosaïque de bribes de renseignements anodins qui, cumulativement, révèlent des questions ayant une véritable importance sur le plan de la sécurité nationale » (*National Security Law*, à la page 420).

[116] Voici comment M. Evans explique l’effet de mosaïque dans son affidavit :

[TRADUCTION] On ne peut évaluer dans l’abstrait ou isolément les dommages causés par la divulgation de renseignements. On doit présumer que les renseignements se retrouveront entre les mains de personnes qui connaissent les cibles du Service et les activités des commissions d’enquête, dont la présente. Entre les mains d’un observateur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui en eux-mêmes ne sont peut-être pas particulièrement sensibles, pourraient, pris collectivement, servir à dépeindre un tableau plus précis lorsqu’ils sont juxtaposés à des renseignements que connaît déjà la personne qui en prend connaissance ou lorsque cette dernière les compare ou les ajoute à ceux qu’elle possède déjà ou qu’elle peut obtenir d’une autre source.

[117] Les défendeurs affirment que la Cour devrait faire preuve de prudence avant d’invoquer le soi-disant « effet de mosaïque » pour conclure à l’existence d’un préjudice ou pour refuser la communication de renseignements. Le rapport d’enquête de la Commission Major, précité, signale, au vol. III, aux pages 175 et 176, que les tribunaux sont de plus en plus sceptiques face à cette théorie, citant mes propos dans la décision *Khawaja*, précitée, au paragraphe 136, et ceux du juge Noël dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 84. La Commission s’est également montrée sceptique au sujet de la validité de l’effet de mosaïque faute d’éléments de preuve tendant à en démontrer l’existence.

[118] L’effet de mosaïque peut être une évidence difficile à prouver ou à réfuter. Le problème se pose

disprove. The problem arises in its application. How does the Court discern whether disclosure of a particular item of information will fill a gap in the knowledge of another person? Apart from reciting the principle, the witnesses heard in this and other cases have generally been unable to assist the Court to resolve that conundrum. In *Khawaja*, above, at paragraph 136, I said that “by itself the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Something further must be asserted as to why that particular piece of information should not be disclosed.” That continues to be my view.

[119] Mr. Evans acknowledged on cross-examination that the mosaic effect may also work in reverse when information is taken away, for example, by redaction. Thus, as the respondents suggest, the Court must be alert to the possibility that information which might be clear and relevant if the full context were to be disclosed may become obscure, equivocal, and even misleading when a piece of the context is removed. In one instance, for example, I concluded that an unredacted phrase would mislead the reader about the meaning of the rest of the paragraph that remained redacted. Accordingly, I ordered the disclosure of additional information.

(d) *Targets and Status of Investigations*

[120] CSIS takes measures to protect information about the targets, subjects and status of investigations it conducts. In the present matter, they did not seek to protect the fact of the Service’s investigational interest in the respondents, but claim protection from the disclosure of information that would reveal their investigations of other individuals and the assessments and analyses which are derived from the intelligence they collect. In general, I had little difficulty agreeing with the applicant’s position that this information should be protected.

en l’espèce. Comment la Cour peut-elle déterminer si la divulgation d’un renseignement donné comblera une lacune dans les connaissances d’une autre personne? Hormis le fait qu’ils ont cité ce principe, les témoins qui ont été entendus dans la présente affaire et dans d’autres n’ont en règle générale pas réussi à aider la Cour à résoudre ce dilemme. Dans la décision *Khawaja*, précitée, voici ce que j’ai dit, au paragraphe 136 : « L’effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même [...] une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué ». Je suis toujours de cet avis.

[119] M. Evans a reconnu en contre-interrogatoire que l’effet de mosaïque peut également jouer dans l’autre sens lorsque des renseignements sont supprimés, par exemple, par caviardage. Ainsi, comme les défendeurs l’affirment, la Cour doit être sensible à la possibilité que des renseignements qui peuvent être clairs et pertinents si tout le contexte devait être divulgué puissent devenir obscurs, équivoques et même trompeurs lorsqu’un élément du contexte est supprimé. Dans un cas, par exemple, j’ai conclu qu’une expression qui n’avait pas été expurgée induirait le lecteur en erreur sur le sens du reste du paragraphe qui demeurerait caviardé. J’ai donc ordonné la divulgation des renseignements additionnels.

d) *Cibles et état d’avancement des enquêtes*

[120] Le SCRS prend des mesures pour protéger les renseignements portant sur les cibles, les sujets et l’état d’avancement des enquêtes qu’il mène. Dans le cas qui nous occupe, il n’a pas tenté de protéger le fait que le Service avait manifesté son intérêt pour les défendeurs en ouvrant une enquête, mais il réclame la non-divulgation des renseignements qui révéleraient des faits au sujet des enquêtes qu’il mène sur d’autres personnes et sur les évaluations et les analyses qui sont tirées des renseignements secrets qu’ils recueillent. De manière générale, j’ai peu de difficulté à accepter la thèse du demandeur suivant laquelle ces renseignements devraient être protégés.

[121] Even where the fact that the Service has conducted an investigation of an individual is publicly known, the Service will seek to have the nature and extent of the investigation protected under section 38, according to the evidence of Mr. Evans, the CSIS affiant. The Service is not entirely consistent about this, as he acknowledged in cross-examination, as such information has been disclosed in some cases but not in others.

[122] The respondents submit that the applicant and CSIS cannot be allowed to make claims to section 38 privilege or not, as it may suit them. This is said to be a self-interested, tactical and selective use of section 38 inconsistent with a *bona fide* claim under the statute. In particular, they point to the public disclosure of the name of a person associated with one of the principal respondents without, it is said, regard to the potential impact such disclosure may have on that person and others.

[123] The rationale for protecting such information, as set out in Mr. Evans evidence, is essentially that a security agency cannot operate effectively if the subjects of its investigations are able to ascertain that they are persons of interest or the state of the agency's operational knowledge about them at a particular point in time. This would allow them to take steps to avoid the Service's investigative efforts. Disclosure of reports and assessments would reveal how the Service analyses the intelligence it gathers as well as the extent of the Service's knowledge of the network of contacts of the respondents or of its knowledge in relation to other investigations.

[124] The public interest in protecting such information is, I believe, self-evident. The question for the Court to determine is whether the evidence in relation to a specific item of information supports a finding that disclosure would cause an injury to the protected national interests and, if so, whether the public interest favours disclosure nonetheless. The fact that CSIS may have disclosed this type of information for its own purposes is a relevant consideration but is not determinative of

[121] Même lorsque le fait que le Service a mené une enquête au sujet d'un individu est notoire, le Service cherche à protéger la nature et la portée de l'enquête en vertu de l'article 38, suivant le témoignage de M. Evans, le souscripteur d'affidavit du SCRS. La pratique du Service n'est pas tout à fait uniforme, ainsi qu'il l'a reconnu en contre-interrogatoire, étant donné que ces renseignements ont été divulgués dans certains cas, mais pas dans d'autres.

[122] Les défendeurs soutiennent que l'on ne peut permettre au demandeur et au SCRS de revendiquer ou non le privilège prévu à l'article 38 selon ce qui leur convient. Il s'agirait d'une utilisation intéressée, tactique et sélective de l'article 38 qui est incompatible avec la formulation d'une authentique revendication en vertu de la loi. Ils citent notamment qu'on a divulgué le nom d'une personne associée à l'un des défendeurs principaux sans tenir compte, selon eux, des incidences possibles de cette divulgation sur cette personne ou sur d'autres.

[123] La raison d'être de la protection de ces renseignements, ainsi que M. Evans l'explique dans son témoignage, est essentiellement qu'un service de sécurité ne peut exercer efficacement ses activités si les personnes qui sont visées par ses enquêtes sont en mesure de savoir qu'elles présentent un intérêt ou de savoir ce que le Service en question sait à leur sujet à un moment précis. Elles pourraient ainsi prendre des mesures pour se soustraire aux démarches du Service. La divulgation de rapports et d'évaluations révélerait comment le Service analyse les renseignements secrets qu'il recueille ainsi que l'ampleur de la connaissance que le Service a du réseau de contact des défendeurs ou de ce qu'il sait au sujet d'autres enquêtes.

[124] L'intérêt qu'a le public à protéger ces renseignements est, je crois, évident. La question que la Cour doit trancher est celle de savoir si les éléments de preuve se rapportant à un renseignement déterminé permettent de conclure que la divulgation porterait préjudice à des intérêts nationaux protégés et, dans l'affirmative, si l'intérêt public milite malgré tout en faveur de la divulgation. Le fait que le SCRS a pu divulguer ce type de renseignements pour ses propres besoins

either an injury finding or the balancing of interests. There may be other factors that weigh heavily in favour of maintaining the prohibition.

(e) *Methods of Operations and Investigation*

[125] Claims for the protection of information under this rubric are asserted on behalf of CSIS, CBSA and the CF. As discussed above, I do not believe that the CF claims are at issue in these proceedings. The CBSA claims are also incidental. The main issues arise from the CSIS claims. The Service seeks to protect information that would reveal the capabilities as well as the limitations of its methods and the degree of its operational expertise. It is apparent that this could assist current and future subjects of investigation to counter the Service's investigative efforts, as stated by Mr. Evans in his affidavit.

[126] The respondents submit that the cross-examination of Mr. Evans supports findings that the claims to protect information falling within this category are overbroad. They are asserted notwithstanding that the existence of the investigations in question may be in the public domain or may have been completed; the techniques used are standard and publicly known investigative methods, and they may reveal flaws and deficiencies in the actions of Canadian officials, which have been remedied by changes in operation or policy.

[127] The respondents argue that this approach attempts to “bootstrap” the common law privileges preserved by section 37 of the Act, which are outside the proper scope of this application. On this, I agree with the applicant that the fact that claims of privilege under this heading are adjudicated by other courts in other types of proceedings under the common law or under section 37 of the Act does not detract from the legitimacy of the Federal Court's consideration and adjudication of

est une considération qui est pertinente, mais qui n'est pas déterminante pour conclure à l'existence d'un préjudice ou pour mettre en balance les intérêts en jeu. Il peut exister d'autres facteurs qui militent fortement en faveur du maintien de l'interdiction.

e) *Modes de fonctionnement et d'enquête*

[125] La protection des renseignements est revendiquée sous cette rubrique au nom du SCRS, de l'ASFC et des FC. Comme je l'ai déjà expliqué, je ne crois pas que les revendications des FC soient en cause dans la présente instance. Les revendications de l'ASFC sont également accessoires. Les principales questions découlent des revendications du SCRS. Le Service cherche à protéger des renseignements qui permettraient d'identifier le potentiel militaire ainsi que les limites de ses méthodes et son degré de compétence opérationnelle. Il est évident que l'on pourrait ainsi aider ceux qui font l'objet d'enquêtes du Service ou qui en feraient l'objet à l'avenir à contrer les mesures d'enquête prises par le Service, comme l'affirme M. Evans dans son affidavit.

[126] Les défendeurs affirment que le contre-interrogatoire de M. Evans permet de conclure que les demandes de protection des renseignements entrant dans cette catégorie ont une portée excessive. Elles sont formulées malgré le fait que l'existence des enquêtes en question peut faire partie du domaine public ou que ces enquêtes sont peut-être terminées. Les techniques employées sont les méthodes d'enquête habituelles connues du public et elles sont susceptibles de révéler des failles et des lacunes dans les actes de fonctionnaires canadiens qui ont été corrigées à la suite de changements opérés dans les activités ou les politiques.

[127] Les défendeurs soutiennent que cette méthode constitue une tentative d'« étoffer » les privilèges reconnus en common law qui sont consacrés à l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qui débordent le cadre de la présente demande. Sur ce point, je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le fait que les revendications de privilège formulées sous cette rubrique soient jugées par d'autres tribunaux dans d'autres types d'instances en common law ou en vertu de l'article 37 de la

such questions in proceedings before it: *Henrie*, above, at paragraph 29. Nor am I persuaded that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, alters the landscape in this context, as argued by the respondents. It remains open to the applicant to adduce evidence in public or private that disclosure of the information would have the harmful effects that Parliament was concerned about in enacting section 38.

[128] The respondents are correct, however, to caution that accepting such claims may deny access to information which goes to the essence of the respondents' Charter claims against the government in the underlying proceedings. That is, I believe, a valid consideration to take into account in the balancing phase, if the court is satisfied that an injury to national security would result from disclosure of this type of information.

(f) *Relationships and Third-Party Information*

[129] The disclosure of information obtained in confidence from other governments is of concern to DFAIT, the RCMP, CBSA and CSIS. The DFAIT public affiant deposed that it would have an adverse effect on the ability of Canada's diplomats to receive confidential information from their counterparts in other countries, the department's ability to serve Canadians abroad, to influence global security objectives and to constructively engage with countries on human rights and other sensitive issues. The RCMP, CBSA and CSIS affiants asserted that disclosure of the information they have received from other law enforcement and intelligence agencies would jeopardize their information sharing arrangements with those agencies and diminish the capacities of their respective agencies to investigate threats to the security of Canada.

Loi n'enlève rien à la légitimité de l'examen par la Cour fédérale de pareilles questions dans les instances dont elle est saisie (décision *Henrie*, précitée, au paragraphe 29). Je ne suis pas non plus convaincu que l'arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, de la Cour suprême du Canada modifie la situation dans ce contexte, comme l'affirment les défendeurs. Il est toujours loisible au demandeur de présenter des éléments de preuve en audience publique ou à huis clos pour démontrer que la divulgation des renseignements aurait les effets préjudiciables auxquels le législateur fédéral songeait lorsqu'il a édicté l'article 38.

[128] Les défendeurs ont toutefois raison de signaler qu'en acceptant de telles revendications, le tribunal risque de refuser l'accès à des renseignements qui portent sur l'essence même des moyens que les défendeurs tirent de la Charte à l'encontre du gouvernement dans les instances principales. Il s'agit, je crois, d'une considération valable dont on doit tenir compte à l'étape de la mise en balance, si le tribunal est convaincu que la divulgation de ce type de renseignements causerait un préjudice à la sécurité nationale.

f) *Relations et renseignements provenant de tiers*

[129] La divulgation de renseignements obtenus sous le sceau du secret d'autres gouvernements préoccupe le MAECI, la GRC, l'ASFC et le SCRS. Le souscripteur de l'affidavit public du MAECI a expliqué qu'une telle divulgation nuirait à la capacité des diplomates canadiens d'obtenir des renseignements confidentiels de leurs homologues d'autres pays, à la capacité du Ministère de servir les Canadiens à l'étranger, d'influencer les objectifs mondiaux en matière de sécurité et de s'engager de façon constructive avec d'autres pays en ce qui concerne les droits de la personne et d'autres questions sensibles. Les souscripteurs des affidavits de la GRC, de l'ASFC et du SCRS soutiennent que la divulgation des renseignements qu'ils ont obtenus d'autres services secrets ou de services de maintien de l'ordre compromettrait les ententes d'échange de renseignements qu'ils ont conclues avec ces services et réduirait leur capacité respective de faire enquête sur les menaces à la sécurité du Canada.

[130] This concern is not without a substantial foundation. The maintenance of Canada's effectiveness in international relations and security investigations are public interests of considerable importance. The importance of this "pressing and substantial concern" has been recognized by the Supreme Court: see for example *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 43 and 54 (*Ruby* 2002).

[131] As has been said in other cases, Canada is a net importer of intelligence information. The capacity of its law enforcement and intelligence agencies to defend our collective security is largely dependent upon intelligence sharing arrangements with foreign partners. The respondents submit, however, that this category of potential injury to the national interest also goes to the heart of the claims in the underlying actions which allege complicity with foreign governments and agencies with regard to the arbitrary detention and mistreatment of the principal respondents in Syria and Egypt. They say, with considerable justification, that they require the information being withheld on this ground as evidence in support of those claims.

[132] The applicant's evidence and submissions cite what is commonly known as the "third-party rule" or "control principle". This principle is considered to apply when there is a sharing or exchange of information between police forces or intelligence agencies, particularly between those in different countries. By agreement between the agencies, express or implied, the agency receiving information is neither to attribute the source nor to disclose its content without the permission of the originating agency: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222, at paragraph 25.

[133] The third-party rule is not a principle of law and it is not absolute. It cannot be used as a categorical ground of public interest immunity. Its application in each case must be scrutinized, and actual risk of harm

[130] Ces craintes ne sont pas sans fondement. Le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité constitue un intérêt public d'une très grande importance. L'importance de cette « préoccupation urgente et réelle » a été reconnue par la Cour suprême (voir, par exemple, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 43 et 54 (l'arrêt *Ruby* de 2002)).

[131] Ainsi qu'il a été dit dans d'autres affaires, le Canada est un importateur net de renseignements secrets. La capacité de ses services secrets et de ses services de maintien de l'ordre de défendre notre sécurité collective dépend dans une large mesure des ententes d'échange de renseignement conclues avec des partenaires étrangers. Les défendeurs font toutefois valoir que cette catégorie de préjudice éventuel à l'intérêt national concerne aussi l'essence même des revendications formulées dans les actions principales dans lesquelles on accuse des gouvernements et des organismes étrangers d'avoir détenu arbitrairement les défendeurs principaux en Syrie et en Égypte et de leur avoir fait subir des sévices. Les défendeurs soutiennent, avec raison, qu'ils ont besoin des renseignements refusés comme éléments de preuve à l'appui des prétentions en question.

[132] Dans leur preuve et leurs observations, les défendeurs citent ce qu'on appelle couramment la « règle des tiers » ou le « principe du contrôle ». On considère que ce principe s'applique lorsque des services secrets ou des services de maintien de l'ordre s'échangent des renseignements, surtout lorsqu'il s'agit de pays différents. Aux termes d'une entente expresse ou tacite conclue entre les services en question, l'organisme qui reçoit les renseignements ne doit en dévoiler ni la source ni le contenu sans la permission de l'organisme desquels les renseignements proviennent (*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552, au paragraphe 25).

[133] La règle des tiers n'est pas un principe de droit et elle n'est pas absolue. On ne peut s'en servir comme une raison catégorique d'invoquer l'immunité pour cause d'intérêt public. Son application à chaque cas doit

to the national interest established: *Mohamed*, above, at paragraphs 44 and 46.

[134] The respondents observe that in the aftermath of 9/11, there was agreement between Canadian and U.S. investigators that “caveats were down” and information was exchanged expressly without any requirement for consent of the originator before it was used. They submit that it is not now open to the applicant to contend that an implicit requirement for such consent must now be applied retroactively after the information was used to their detriment. I do not accept the proposition that the control principle was not applicable during the events in question. It is clear from the evidence as a whole that whatever agreement there may have been at the operational level between Canadian and American investigators, it did not alter the general principle of confidentiality applicable to intelligence sharing and diplomatic exchanges between the two countries, nor those which Canada had with other jurisdictions.

[135] The respondents submit that this Court should keep in mind the acknowledgement of the DFAIT witness that Canada’s intelligence partners are well aware of Canada’s legislation regarding disclosure. Even knowing that this Court has the power to authorize disclosure of information notwithstanding that it has been found to be injurious to international relations, Canada’s intelligence partners still maintain information sharing relationships. Accordingly, the respondents argue that this Court should not give undue weight to speculation that foreign sources will, as a result, no longer communicate information to Canada.

[136] This is not idle speculation. Relationships will continue where the partners consider it in their mutual interest to maintain them, but the nature and extent of the information provided may be affected for some

être examinée à la loupe et le risque de causer un préjudice à l’intérêt national doit être démontré (décision *Mohamed*, précitée, aux paragraphes 44 et 46).

[134] Les défendeurs font observer que dans la foulée des événements du 11 septembre 2001, les enquêteurs canadiens et américains se sont entendus pour [TRADUCTION] « laisser tomber les réserves » et pour s’échanger des renseignements expressément sans avoir à obtenir le consentement de la source de laquelle ils proviennent avant de les utiliser. Ils font valoir qu’il n’est plus loisible au demandeur de prétendre qu’une obligation implicite d’obtenir ce consentement s’applique rétroactivement après que les renseignements ont été utilisés à leur détriment. Je n’accepte pas la proposition que le principe du contrôle ne s’appliquait pas lors des événements en cause. Il ressort clairement de l’entente qui a pu être conclue au niveau opérationnel entre les enquêteurs canadiens et leurs homologues américains, cela n’a rien changé au principe général de la confidentialité qui s’applique à l’échange de renseignements secrets et aux échanges diplomatiques entre les deux pays, pas plus qu’aux échanges entre le Canada et d’autres pays.

[135] Les défendeurs soutiennent que notre Cour devrait tenir compte du fait que le témoin du MAECI a reconnu que les partenaires du Canada dans le domaine du renseignement sont bien au courant des lois canadiennes en ce qui concerne la divulgation. Même en sachant que notre Cour a le pouvoir d’autoriser la divulgation de renseignements malgré le fait que ceux-ci ont été jugés préjudiciables aux relations internationales, les partenaires du Canada dans le domaine du renseignement continuent à échanger des renseignements avec le Canada. Les défendeurs affirment en conséquence que notre Cour ne devrait pas accorder trop de poids aux spéculations suivant lesquelles les sources étrangères refuseront de ce fait de communiquer des renseignements au Canada.

[136] Il ne s’agit pas de pures spéculations. Les partenaires continueront à entretenir des relations lorsqu’ils estiment que cela est dans leur intérêt mutuel, mais la nature et la portée des renseignements fournis peuvent

time. Examples of this may be found in the history of the intelligence sharing arrangements in which Canada has participated with its principal allies since World War II: see for example, Richard J. Aldrich, *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency* (London: Harper Press, 2010); Richard Aldrich, "Allied code-breakers co-operate – but not always" *The Guardian* (24 June 2010). The respondents are correct to suggest that these arrangements work to the benefit of all of the countries involved but Canada is, unquestionably, a junior partner in contributing and receiving intelligence.

[137] The respondents note that under rule 30.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, the applicant's obligation to produce documents includes a positive obligation to obtain them, or to obtain consent to release them, by request from third parties. This is said to be consistent with the jurisprudence of the Federal Courts on the third-party rule. The respondents argue that there is no public evidence that the Attorney General has yet fulfilled this obligation, or made efforts to ensure that the third parties in question are not consenting to disclosure. It is correct that there is no public evidence of such efforts but, as noted above, the Court has received such evidence in private.

[138] In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), at paragraphs 101–111 (reversed on other grounds, *Ruby* 2002, above), in the context of an application arising under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, the Federal Court of Appeal stated 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." *Ruby* did not turn on the question of consent to disclosure, but rather the constitutionality of the *ex parte* provisions of the *Privacy Act*. In *Arar*, above, at paragraph 73, Justice Noël held that *Ruby* stood for the proposition that "law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they have made reasonable efforts to obtain

s'en trouver affectées pour un certain temps. On en trouve des exemples dans l'historique des ententes portant sur l'échange de renseignements auxquelles le Canada a pris part avec ses principaux alliés depuis la Seconde Guerre mondiale (voir, par exemple, Richard J. Aldrich, *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency* (Londres : Harper Press, 2010); Richard Aldrich, « Allied code-breakers co-operate – but not always », *The Guardian* (24 juin 2010)). C'est à juste titre que les défendeurs affirment que ces ententes sont avantageuses pour tous les pays en présence, mais que le Canada est incontestablement un partenaire qui ne joue pas un rôle de premier plan lorsqu'il s'agit de fournir et de recevoir des renseignements.

[137] Les défendeurs relèvent qu'aux termes de la règle 30.02 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, l'obligation du demandeur en matière de production de documents comprend l'obligation positive de les obtenir, ou d'obtenir le consentement de les communiquer, en s'adressant à des tiers. Cette obligation serait conforme à la jurisprudence des Cours fédérales sur la règle des tiers. Les défendeurs affirment que le dossier public ne renferme aucun élément de preuve permettant de penser que le procureur général s'est déjà acquitté de cette obligation ou qu'il a entrepris des démarches pour s'assurer que les tiers en question ne consentent pas à la divulgation. Il est exact de dire qu'on ne dispose d'aucun élément de preuve public quant à l'existence de pareilles mesures, mais, comme nous l'avons déjà signalé, la Cour a reçu de tels éléments de preuve à huis clos.

[138] Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), aux paragraphes 101 à 111 (inf. pour d'autres motifs, arrêt *Ruby* de 2002, précité), s'agissant d'une demande présentée dans le cadre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, la Cour d'appel fédérale a déclaré 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 ». L'affaire *Ruby* ne portait pas sur la question du consentement à la divulgation, mais bien sur la constitutionnalité des dispositions *ex parte* de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans la décision *Arar*,

consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would be refused if consent to disclosure was sought.”

[139] In *Khawaja*, above, at paragraphs 145–146, I stated the following:

Clearly, the purpose of the third party rule is to protect and promote the exchange of sensitive information between Canada and foreign states or agencies, protecting both the source and content of the information exchanged to achieve that end, the only exception being that Canada is at liberty to release the information and/or acknowledge its source if the consent of the original provider is obtained.

In applying this concept to a particular piece of evidence however, the Court must be wary that this concept is not all encompassing. First, there is the question of whether or not Canada has attempted to obtain consent to have the information released. I would agree with the respondent that it is not open to the Attorney General to merely claim that information cannot be disclosed pursuant to the third party rule, if a request for disclosure in some form has not in fact been made to the original foreign source.

[140] *Khawaja* related to the investigation of a conspiracy to commit terrorist acts abroad. The information in question had been provided by foreign law enforcement and intelligence agencies and formed part of the Crown’s case in a criminal prosecution in Canada. The Crown was bound by the strict disclosure obligations set out in *R. v. Stinchcombe*, above. In those circumstances, I considered that there was a positive obligation on the Attorney General to seek consent.

[141] Similarly, in *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 476, 368 F.T.R. 156, at paragraphs 28–29, a security certificate case, Justice Tremblay-Lamer held that the ministers were obliged to demonstrate that reasonable efforts had been made to obtain consent to disclosure. Factors which she took into consideration in deciding that she

précitée, au paragraphe 73, le juge Noël a jugé que la décision *Ruby* appuyait la proposition 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 prouver qu’une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée ».

[139] Dans la décision *Khawaja*, précitée, voici ce que j’ai dit, aux paragraphes 145 et 146 :

L’objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d’encourager l’échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l’unique exception étant que le Canada a toute latitude pour communiquer les renseignements et/ou pour faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu.

Cependant, dans l’application de cette notion à tel ou tel élément de preuve, la Cour doit être consciente que cette notion n’englobe pas toutes les situations. D’abord, il faut se demander si le Canada a ou non tenté d’obtenir un consentement à la communication des renseignements. Je suis enclin à dire, comme le défendeur, qu’il n’est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de divulgation, sous une forme ou sous une autre, n’a pas été en fait présentée à la source étrangère.

[140] L’affaire *Khawaja* se rapportait à une enquête sur un complot visant à commettre des actes terroristes à l’étranger. Les renseignements en question avaient été fournis par des services étrangers de maintien de l’ordre et du renseignement et ils faisaient partie de la preuve du ministère public dans un procès au criminel intenté au Canada. Le ministère public était tenu aux obligations de divulgation strictes énoncées dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité. Dans ces circonstances, j’ai estimé que le procureur général avait l’obligation positive de chercher à obtenir le consentement requis.

[141] De même, dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 476, aux paragraphes 28 et 29, qui avait trait à un certificat de sécurité, la juge Tremblay-Lamer a estimé que les ministres étaient obligés de démontrer que des efforts raisonnables avaient été faits pour obtenir le consentement à la divulgation. Parmi les facteurs

should hold the ministers to this standard included the fact that the ministers had used information in the past that came from the same foreign agencies in support of the confidential security intelligence report at issue; the fact that information or intelligence exists that was provided by foreign agencies had been known publicly since the public release of the summary of the intelligence report; the fact that it is public knowledge that the foreign authorities were involved in the case; and the fact that some of the information was dated and it was therefore unlikely that the secret and confidential nature of the information was still of particular interest to the originating country.

[142] In both *Khawaja* and *Charkaoui*, [Charter] section 7 security of the person interests were engaged by on-going government efforts to prosecute Mr. Khawaja and to remove Mr. Charkaoui. Such considerations do not arise in the underlying proceedings in this application.

[143] Justice Noël was somewhat less categorical about whether there is an obligation to seek consent in *Arar*, above. At paragraphs 75 and 94 of his *ex parte* reasons issued in a redacted form subsequent to the release of his public reasons ([*Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*] 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105), Justice Noël held that the fact that Canada, through its officials, had not sought consent to release certain information covered by the third-party rule was to be taken into consideration. However, he declined to draw a negative inference from the decision made by the Attorney General not to make such a request, stating that the evidence to show that such a request would be useless was on the record.

[144] In *Khadr* April 2008, above, at paragraphs 93 and 94, I expressed the view that a failure to make inquiries of foreign source countries regarding disclosure of their information may undermine a privilege claim.

dont la juge a tenu compte pour décider qu'elle obligerait les ministres à respecter cette norme, mentionnons les faits suivants : les ministres avaient, dans le passé, utilisé des renseignements qui provenaient des mêmes organismes étrangers à l'appui des rapports confidentiels de renseignement de sécurité en litige; l'existence de renseignements qui ont été fournis par des organismes étrangers était connu publiquement depuis la publication du résumé du rapport; il est de notoriété publique que les autorités étrangères avaient participé au dossier; certains des renseignements dataient et il était donc peu probable que le caractère secret et confidentiel des renseignements représentait encore un intérêt particulier pour les pays desquels ils provenaient.

[142] Tant dans l'affaire *Khawaja* que dans l'affaire *Charkaoui*, le droit à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte s'appliquait par suite des démarches continues entreprises par le gouvernement pour poursuivre M. Khawaja et pour renvoyer M. Charkaoui. Ces considérations ne se posaient pas dans les instances principales en l'espèce.

[143] Dans la décision *Arar*, précitée, le juge Noël a été un peu moins catégorique sur la question de savoir s'il existe une obligation de chercher à obtenir un consentement. Aux paragraphes 75 et 94 de ses motifs *ex parte* publiés sous forme de version expurgée à la suite de la publication de ses motifs publics ([*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*] 2009 CF 1317, [2011] 1 R.C.F. 105), le juge Noël a expliqué qu'il fallait tenir compte du fait que le Canada n'avait pas, par le truchement de ses fonctionnaires, cherché à obtenir un consentement à la communication de certains renseignements tombant sous le coup de la règle des tiers. Il a toutefois refusé de tirer une inférence négative de la décision prise par le procureur général de ne pas adresser une telle demande, affirmant qu'on trouvait au dossier des éléments de preuve démontrant que pareille demande serait inutile.

[144] Dans la décision *Khadr* d'avril 2008, précitée, aux paragraphes 93 et 94, j'ai exprimé l'avis que le défaut d'adresser des demandes à des sources se trouvant dans des pays étrangers en vue d'obtenir leur

However, in the circumstances of that case, I agreed with the Attorney General that it would be futile to make a request of certain countries for consent to disclose their information.

[145] As noted above, in the course of the present proceedings, I received evidence *in camera* in relation to the question of whether requests had been made to foreign countries for consent to disclose information which originated with their agencies or officials. Given the evidence I have heard, the responses to the requests for consent, the experience of the Iacobucci Inquiry and the nature of the underlying proceedings, I did not consider that the failure to seek consent in the other instances weighed heavily in the balance in this case.

[146] The third-party information of greatest interest to the respondents in this matter emanated from Syria, Egypt and the United States. I note that at an early stage in the Iacobucci Inquiry, counsel to the inquiry sent letters to the appropriate authorities in these three countries (and to Malaysia) requesting that they provide relevant documentation and information. The authorities in these countries did not respond to the Commission's initial or follow-up requests to provide information.

[147] Because of the legal obligations assumed by Syria and Egypt pursuant to the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984], [1987] Can. T.S. No. 36 (the Convention against Torture), the respondents submit that no damage to Canada's relations with either nation should result from disclosure of all relevant documents in its possession that originated with either country, or which concern Canada's dealings with them, that relate to the principal respondents' complaints of torture in the underlying proceedings. It is clear from the evidence I have heard *in camera* that neither country shares that perspective.

consentement à la divulgation de leurs renseignements pourrait avoir un effet défavorable sur une revendication de privilège. Vu toutes les circonstances de l'espèce, j'abonde dans le sens du procureur général lorsqu'il affirme qu'il serait futile de demander à certains pays de consentir à la divulgation de leurs renseignements.

[145] Comme je l'ai déjà signalé, au cours de la présente instance, j'ai reçu des éléments de preuve à huis clos en rapport avec la question de savoir si des demandes avaient été adressées à des pays étrangers en vue d'obtenir leur consentement à la divulgation de renseignements émanant de leurs organismes ou de leurs fonctionnaires. Compte tenu des témoignages que j'ai entendus, des réponses aux demandes de consentement, de l'expérience de l'enquête Iacobucci et de la nature des instances principales, j'estime que l'omission de chercher à obtenir le consentement dans d'autres instances n'a pas pesé lourd dans la balance en l'espèce.

[146] Les renseignements provenant de tiers qui intéressaient au premier chef les défendeurs dans la présente affaire provenaient de la Syrie, de l'Égypte et des États-Unis. Je relève que, dès le début de l'enquête Iacobucci, les avocats de la commission d'enquête ont écrit aux autorités compétentes de ces trois pays (et de la Malaisie) pour exiger qu'ils leur fournissent les documents et les renseignements pertinents. Les autorités de ces pays n'ont pas répondu à la première demande de renseignements que la Commission leur avait adressée ni aux demandes de suivi.

[147] En raison des obligations juridiques assumées par la Syrie et l'Égypte aux termes de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984], [1987] R.T. Can. n° 36 (la Convention contre la torture), les défendeurs affirment que les relations du Canada avec la Syrie ou l'Égypte ne se détérioreraient pas du fait de la divulgation de tous les documents pertinents qui se trouvent en la possession du Canada et qui proviennent de l'un ou l'autre de ces pays ou qui concernent les relations que le Canada entretient avec l'un ou l'autre de ces pays et qui ont trait aux cas de torture dont les défendeurs principaux se plaignent dans les instances principales. Il ressort des témoignages que j'ai entendus

[148] I accept, in general, the proposition that disclosure of information that countries have provided in confidence would have an adverse effect on diplomatic relations and intelligence sharing arrangements with those countries. However offensive this may be to our principles when it arises in relation to certain countries, it is a factor to be taken into consideration in balancing the public interests. Canada needs to call on other countries that do not share our values or legal traditions for consular or other assistance to protect its citizens or to advance its global interests. The Court cannot simply disregard that factor in considering whether injury would result from disclosure and, if so, whether the public interest favours disclosure and in what form.

[149] The respondents also argue that it is important to consider the effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of a violation of the Convention against Torture, including evidence of engagement in or complicity in torture. I agree with that proposition. It is consistent with Canada's obligations under the Convention against Torture. Recognizing the importance of those obligations does not exclude consideration by the Court of whether there may be alternative means to disclose information in a form, such as a summary, that would minimize any injury that would otherwise result.

[150] I would also note that all countries and agencies are not equally important to Canada in terms of intelligence sharing. It is obvious that the consequences of a breach of an arrangement with Canada's major allies such as the United States and the United Kingdom would be far greater than those which may result from disclosure of information received from a country or agency not so closely linked to our national interests.

à huis clos qu'aucun de ces pays ne partage ce point de vue.

[148] J'accepte, en principe, la proposition que la divulgation des renseignements que des pays ont communiqués sous le sceau du secret nuirait aux relations diplomatiques et aux ententes conclues avec ces pays au sujet d'échange de renseignements. Toutefois, peu importe l'atteinte qu'il peut porter à nos principes lorsqu'il est invoqué en rapport avec certains pays, ce facteur doit entrer en ligne de compte lorsqu'on pondère les intérêts publics en présence. Le Canada doit faire appel à d'autres pays qui ne partagent pas ses valeurs ou ses traditions juridiques lorsqu'il a besoin de leur assistance, notamment en matière consulaire, en vue de protéger ses citoyens ou de défendre ses intérêts sur le plan international. La Cour ne peut simplement faire abstraction de ce facteur lorsqu'elle se demande si la divulgation pourrait causer un préjudice et, dans l'affirmative, si l'intérêt public favorise la divulgation et sous quelle forme.

[149] Les défendeurs affirment également qu'il est important d'examiner les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la Convention contre la torture, notamment d'éléments de preuve démontrant qu'il y a eu torture ou complicité à cet égard. Je souscris à cette proposition, qui va dans le sens des obligations imposées au Canada par la Convention contre la torture. La reconnaissance de l'importance de ces obligations n'exclut pas l'examen par la Cour de la question de savoir s'il peut exister d'autres moyens de divulguer les renseignements sous une forme, comme un résumé, qui minimiserait le préjudice qui pourrait autrement être causé.

[150] Je tiens par ailleurs à signaler que les pays et les organismes n'ont pas tous la même importance pour le Canada sur le plan du partage des renseignements. Il est évident que les conséquences d'un manquement à un accord conclu par le Canada avec ces principaux alliés tels que les États-Unis et le Royaume-Uni seraient beaucoup plus graves que celles que pourrait entraîner la divulgation de renseignements obtenus d'un pays

As stated by Justice Noël in *Arar*, above, at paragraphs 80-81:

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.

This being said, 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.

[151] One approach to the disclosure of third-party information that has been used in other proceedings is to minimize the risk and scope of injury. As described by Justice Tremblay-Lamer in *Charkoui (Re)*, 2009 FC 476, cited above, at paragraph 35, the information “can be neutralized by purging the parts that could be sensitive to the originating country.” As far as I considered it was possible, I have adopted that approach in deciding whether injury would result or whether the public interest favoured disclosure in some form.

[152] In the Iacobucci Report, for example, the Commissioner systematically refers to a “U.S. agency”, or, in the French version, a “organisation américaine” rather than to the actual names of the organizations in question, one of which goes to extraordinary lengths to avoid being identified as the originator or recipient of information. The Report is not entirely consistent in that respect as there are variations between the two language versions and in some instances the acronyms of the U.S. agencies concerned are disclosed, possibly inadvertently. Nonetheless, references to U.S. agencies as the originator or recipient of information that is highly relevant to the underlying actions are now in the public domain. There does not appear to have been any serious

ou d'un organisme moins étroitement lié à nos intérêts nationaux. Ainsi que le juge Noël l'explique dans la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 80 et 81 :

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.

Cela dit, 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.

[151] Une méthode de divulgation des renseignements provenant de tiers qui a été employée dans d'autres instances consiste à minimiser les risques et l'ampleur du préjudice. Ainsi que la juge Tremblay-Lamer l'explique dans la décision *Charkoui (Re)*, 2009 CF 476, précitée, au paragraphe 35, les renseignements « peuvent être neutralisés en épurant les éléments qui pourraient être sensibles pour le pays d'origine ». Dans la mesure où j'ai estimé que cela était possible, j'ai retenu cette méthode pour déterminer si la divulgation causerait un préjudice ou si l'intérêt public militait en faveur d'une divulgation sous une forme ou une autre.

[152] Dans le rapport Iacobucci, par exemple, le commissaire parle systématiquement d'une « organisation américaine » ou, dans la version anglaise, d'une « *U.S. agency* » au lieu de désigner par leur nom les organismes en question, dont un s'est donné beaucoup de mal pour éviter d'être identifié comme l'organisme qui avait reçu les renseignements ou de qui ils provenaient. Le rapport n'est pas tout à fait cohérent à cet égard, car on y relève des divergences entre les versions française et anglaise et, dans certains cas, l'acronyme des organisations américaines concernées est divulgué, peut-être par inadvertance. Quoi qu'il en soit, le fait que des organisations américaines auraient reçu ou communiqué des renseignements très utiles pour les actions principales

consequences from those disclosures, nor were they the subject of objections to the Report by ministers that were brought to the attention of this Court.

[153] In these proceedings, the applicant has consistently sought to protect information that would disclose U.S. involvement in the events that are the subject of the underlying actions. As discussed above, that involvement is now in the public domain as a result of the publication of the Iacobucci Report. I was not persuaded that disclosure of references to U.S. agencies in the documents that were under review in this application would cause injury to the protected interests or, if injury resulted, that the public interest in non-disclosure outweighed the public interest in disclosure. The approach adopted by Commissioner Iacobucci to refer to the U.S. institutions generically as “U.S. agencies” will minimize any impact such disclosure would have.

[154] In this case, *amici* made a number of valuable suggestions as to how certain third-party information might be neutralized, several but not all of which were endorsed by the applicant. The applicant also put forward similar proposals in relation to other redacted information. While I found these efforts to have been of great assistance, I have made my own decisions as to what would cause injury to the protected interests and what should be disclosed.

(g) *Employee Information*

[155] The applicant seeks to protect from disclosure information that would tend to identify CSIS employees including names, position titles, work location, telephone numbers or Internet addresses. Mr. Evans’ affidavit evidence is that the identification of CSIS employees, particularly those engaged in or who may become engaged in covert activities, would impair the ability of the employee and the Service to investigate threats to the security of Canada. In addition, there are

est devenu un fait notoire. Cette divulgation ne semble pas avoir eu de conséquences sérieuses, et on n’a pas attiré l’attention de notre Cour sur des objections au rapport que des ministres auraient formulées.

[153] En l’espèce, le demandeur a constamment cherché à protéger les renseignements qui divulgueraient la participation des États-Unis dans les événements qui font l’objet des actions principales. Comme nous l’avons déjà expliqué, cette participation est devenue un fait notoire par suite de la publication du rapport Iacobucci. On ne m’a pas convaincu que la divulgation du nom des organisations américaines mentionnées dans les documents visés par la présente demande porterait préjudice à des intérêts protégés ou, advenant qu’un préjudice soit causé, que l’intérêt du public dans la non-divulgation l’emportait sur l’intérêt du public dans la divulgation. La solution retenue par le commissaire Iacobucci en désignant les institutions des États-Unis de façon générale comme « les organisations américaines » minimisera l’impact qu’une telle divulgation pourrait avoir.

[154] En l’espèce, les intervenants désintéressés ont fait plusieurs suggestions utiles sur la façon de neutraliser certains des renseignements provenant de tiers, et le demandeur a souscrit à un certain nombre d’entre elles. Le demandeur a également fait des propositions semblables en ce qui concerne d’autres renseignements expurgés. Bien que je trouve fort utiles leurs tentatives, j’ai pris mes propres décisions sur ce qui porterait préjudice aux intérêts protégés et sur ce qui devrait être divulgué.

g) *Renseignements sur les employés*

[155] Le demandeur cherche à empêcher la divulgation de renseignements qui tendraient à identifier des employés du SCRS, notamment leur nom, titre de poste, lieu de travail, numéro de téléphone ou adresse Internet. Dans son affidavit, M. Evans témoigne que l’identification des employés du SCRS, en particulier de ceux qui ont été impliqués dans des activités cachées ou qui pourraient le devenir, réduirait la capacité de ces employés et du Service de faire enquête sur les menaces à

concerns that disclosure of identifying information would lead to harassment or threats to Service personnel.

[156] The identities of certain CSIS employees involved in the events which are the subject of the underlying actions have been publicly disclosed. The applicant relies on paragraph 18(1)(b) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act), which prohibits the disclosure of the identity of service employees who have been or are engaged in covert activities. I agree with the respondents that this does not, in itself, preclude the identification of an employee who could in the future be asked to take on a covert role. But the Court must be cognizant of the fact that CSIS employees may be called upon to perform a covert role whether they have done so in the past or not. This is not speculative but a reality of their employment.

[157] If the evidence is capable of supporting a claim that the person concerned has committed a civil wrong or a Charter violation against the respondents, or caused or contributed to their damages resulting from such wrongs, I agree with the respondents that the Court must also consider their rights to name the employees as individual defendants and to seek discovery from them. This was previously agreed to by the Attorney General under the terms of the case management process.

[158] The RCMP have similar concerns, although to a lesser extent, about disclosure of the identity of some members. As was acknowledged in cross-examination of the RCMP witness, the identity of several members that were involved in the investigations at issue in the underlying actions has already been publicly disclosed. As a result, I considered whether there was any need to further protect such information in these proceedings and whether there was evidence to support such a finding.

la sécurité du Canada. En outre, on craint que la divulgation de renseignements qui permettraient d'identifier des employés expose le personnel du Service à du harcèlement ou à des menaces.

[156] L'identité de certains des employés du SCRS qui ont pris part aux événements qui font l'objet des actions principales a été divulguée au public. Le demandeur invoque l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), qui interdit la divulgation de l'identité de tout employé du Service qui est ou était un employé qui mène des activités cachées. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que cette interdiction n'empêche pas en soi d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées. Mais la Cour doit prendre acte du fait que des employés du SCRS peuvent être appelés à exécuter des activités cachées qu'ils l'aient fait ou non dans le passé. Il ne s'agit pas d'une spéculation mais d'une réalité de leur travail.

[157] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que, si la preuve permet d'appuyer la prétention que l'intéressé a commis contre eux un délit civil ou a violé la Charte ou qu'il a causé ou contribué à causer les dommages qu'ils ont subis en conséquence de ce délit ou de cette violation, la Cour doit également tenir compte de leur droit de désigner les employés comme défendeurs individuels et de chercher à obtenir la communication préalable de documents et de renseignements. C'est ce dont le procureur général a convenu dans le cadre du processus de gestion de l'instance.

[158] La GRC a exprimé des craintes analogues, bien que dans une moins large mesure, au sujet de la divulgation de l'identité de certains de ses membres. Ainsi que le témoin de la GRC l'a reconnu en contre-interrogatoire, l'identité de plusieurs des membres qui ont participé aux enquêtes en cause dans les actions principales a déjà été dévoilée publiquement. Je me suis donc demandé s'il était encore nécessaire de protéger ces renseignements dans la présente instance et s'il existait des éléments de preuve pour appuyer une telle conclusion.

[159] The concern for DND and the CF is in relation to identifying military personnel engaged in sensitive operations in Afghanistan. As indicated above, I am satisfied that this information should be protected.

(h) *Administrative Information*

[160] The evidence of the CSIS witness was that disclosure of information pertaining to the Service's internal procedures and administrative methods could reveal how the Service manages its investigations, how messages are generated and to whom they are sent, how file numbers are utilized to distinguish between targets, sources of information, investigations and what types of investigations are conducted in a specific area. They are also concerned about disclosure of information that could identify the secure telecommunication systems used by the Service.

[161] CSIS collects information outside of Canada and for that purpose maintains a number of foreign offices. With the exception of offices in Washington, London and Paris, the location of these posts is classified. The evidence is that the identification of such locations would jeopardize the Service's foreign relationships and potentially put their employees posted abroad at risk.

[162] In other proceedings, it has generally been conceded that this type of information is not relevant. In the present case the respondents have not made that concession, preferring that the question remain open should some significance to the information later arise. Proceeding on the dubious assumption that the information is relevant, I have accepted the applicant's submission that injury would result from its disclosure.

(i) *Human Source Information*

[159] Quant aux craintes exprimées par le MDN et les FC, elles portent sur l'identification du personnel militaire engagé dans des opérations sensibles en Afghanistan. Comme je l'ai déjà expliqué, je suis convaincu que ces renseignements devraient être protégés.

h) *Renseignements administratifs*

[160] Le témoin du SCRS a expliqué que la divulgation de renseignements se rapportant aux procédures internes et aux méthodes administratives du Service était susceptible de révéler la manière dont le Service gère ses enquêtes, la façon dont les messages sont générés et à qui ils sont adressés, comment on se sert des numéros de dossier pour distinguer les cibles, les sources de renseignements, les enquêtes et le type d'enquête à mener dans un lieu précis. On s'inquiète par ailleurs au sujet de la divulgation de renseignements qui permettraient d'identifier les réseaux de télécommunications sécurisés qu'utilise le Service.

[161] Le SCRS recueille des renseignements à l'extérieur du Canada et, à cette fin, il possède plusieurs bureaux à l'étranger. À l'exception de ses bureaux de Washington, de Londres et de Paris, les renseignements concernant l'emplacement de ces bureaux sont classifiés. Suivant la preuve, l'identification de ces endroits compromettrait les rapports que le Service entretient à l'étranger et risquerait de compromettre la sécurité de ses employés en poste à l'étranger.

[162] Dans d'autres instances, on a généralement admis que ce type de renseignements n'était pas utile. Dans la présente affaire, les défendeurs n'ont pas fait une telle admission, préférant laisser la question en suspens pour le cas où les renseignements s'avèreraient plus tard importants. Me fondant sur l'hypothèse douteuse que ces renseignements sont pertinents, j'ai accepté l'argument du demandeur suivant lequel leur divulgation causerait un préjudice.

i) *Renseignements provenant de sources humaines*

[163] As noted above, the applicant seeks to protect information that would identify or tend to identify human sources of information or the content of information provided by human sources which, if disclosed, could lead to the identification of human sources. Having reviewed the unredacted content of the documents at issue, I can say that this is not a significant issue in these proceedings. However, I think it necessary to express my view of the matter given the likelihood of further proceedings involving other documents that may be produced on discovery to the respondents.

[164] The respondents characterize the evidence of the CSIS witness, Mr. Evans, as claiming a categorical protection for human sources that is broader than the police informant privilege recognized by the Supreme Court in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281. They submit that CSIS' practice of encouraging its human sources to provide information as the norm, rather than the exception, serves no public interest. It is argued that the offence in section 18 of the CSIS Act that makes it is crime to disclose the identity of a person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service merely incorporates the common law principle. Unless, they submit, the information covered by this category also engages some other legitimate national security or international relations interest, it should not fall within the scope of section 38.

[165] The respondents request that this Court order the disclosure of all information related to or received from human sources, including their identity or identifying information, subject however, to a right of the Attorney General, if so advised, to apply to the Superior Court of Justice for a protective order based upon the common law informant principle.

[166] The existence of a covert intelligence source privilege was discussed by Justice Noël in *Harkat (Re)*,

[163] Comme il a déjà été expliqué, le demandeur cherche à protéger les renseignements qui révéleraient ou tendraient à révéler les sources humaines des renseignements ou le contenu des renseignements fournis par des sources humaines qui, s'ils étaient divulgués, pourraient permettre d'identifier des sources humaines. Ayant examiné les passages non expurgés des documents en question, je peux affirmer que cette question ne revêt pas une grande importance en l'espèce. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer mon avis sur la question, compte tenu du risque qu'il y ait d'autres instances portant sur d'autres documents qui peuvent être produits aux défendeurs lors de l'enquête préalable.

[164] Suivant les défendeurs, le témoin du SCRS, M. Evans, revendique pour les sources humaines une protection absolue qui est plus large que le privilège reconnu aux indicateurs de police par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281. Les défendeurs affirment que la coutume du SCRS qui consiste à inciter ses sources humaines à communiquer des renseignements est la norme plutôt que l'exception, et n'est pas dans l'intérêt du public. On soutient que l'infraction prévue à l'article 18 de la Loi sur le SCRS, qui prévoit que commet un crime quiconque divulgue l'identité d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel, ne fait que consacrer un principe de common law. Les défendeurs affirment qu'à moins que les renseignements entrant dans cette catégorie fassent également jouer d'autres intérêts légitimes en matière de sécurité nationale ou de relations internationales, ils ne devraient pas entrer dans le champ d'application de l'article 38.

[165] Les défendeurs demandent à notre Cour d'ordonner la divulgation de tous les renseignements se rapportant à des sources humaines ou reçus de sources humaines, y compris leur identité ou d'autres renseignements permettant de les identifier, sous réserve cependant du droit du procureur général, s'il le juge opportun, de saisir la Cour supérieure de justice d'une demande d'ordonnance de confidentialité sur le fondement du principe de common law protégeant les indicateurs.

[166] L'existence d'un privilège protégeant les sources humaines secrètes de renseignement a été discutée par

2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370. Justice Noël found, at paragraph 18, that the police informant privilege and the innocence-at-stake exception to that privilege did not apply, *per se*, to confidential intelligence sources. However, he considered that the criteria for recognizing or extending a privilege, as set out by the learned author of the text Wigmore on Evidence [*Evidence in Trials at Common Law*, by John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961], were met in the case of covert human sources who were assured confidentiality by CSIS in return for providing intelligence information relating to national security. Justice Noël's analysis is, I believe, consistent with the common law framework for recognizing whether a privilege may be claimed on a case-by-case basis as recently approved by the Supreme Court of Canada in *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592.

[167] At paragraph 28 of his reasons, Justice Noël stated the following:

If the Service is unable to protect the identity of its sources or is required to produce them in the context of a court proceeding (even one that is closed to the public), the number of individuals willing to come forward with information would be reduced. Indeed, there is evidence before this Court that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality given by the Service were not upheld by this Court. [Footnote omitted.]

[168] I agree with Justice Noël and, in general, adopt his reasoning in this regard. As a general proposition, I accept that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them will be subject to a public interest privilege. I accept also that the Court should be conscious of the effect that a decision to order disclosure of such information may have on the recruitment of human sources. CSIS is a relatively small agency in comparison to its international partners and relies heavily on its capacity to recruit and develop human sources. Its ability to do so is a public interest of considerable importance.

le juge Noël dans *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370. Le juge Noël conclut, au paragraphe 18, que le privilège qui protège les indicateurs de police et l'exception à ce privilège relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne jouaient pas comme tels à l'égard des sources humaines secrètes de renseignement. Il a toutefois considéré que les critères permettant de reconnaître l'existence d'un privilège ou d'en élargir la portée, énoncés par l'auteur de l'ouvrage Wigmore on Evidence [*Evidence in Trials at Common Law* par John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961], étaient satisfaits dans le cas des sources humaines secrètes dont le SCRS assurait la confidentialité en échange de renseignements relatifs à la sécurité nationale. L'analyse du juge Noël est conforme, à mon avis, avec le cadre que prévoit la common law lorsqu'il s'agit de déterminer si un privilège peut être revendiqué au cas par cas, ainsi que la Cour suprême du Canada l'a récemment confirmé dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592.

[167] Au paragraphe 28 de ses motifs, le juge Noël déclare ce qui suit :

Si le Service n'est pas en mesure de protéger l'identité de ses sources ou est tenu de les produire au cours d'une instance judiciaire (même fermée au public), le nombre de personnes disposées à divulguer des renseignements s'en trouverait réduit. De fait, la preuve soumise indique que le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les garanties de confidentialité données par le Service. [Note en bas de page omise.]

[168] J'abonde dans le sens du juge Noël et je fais mien, pour l'essentiel, son raisonnement à ce propos. En principe, j'accepte que l'identité des sources humaines secrètes et les renseignements fournis par ces sources qui tendraient à les identifier font l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public. J'accepte également que la Cour doit être consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de tels renseignements peut avoir sur le recrutement de sources humaines. Le SCRS est un organisme relativement modeste en comparaison de ses partenaires internationaux et il est largement tributaire de sa capacité de recruter et de former des sources humaines. Sa capacité de le faire représente un intérêt public d'une importance considérable.

[169] However, I do not accept that the privilege should apply in every instance to persons who provide information to CSIS. The Service tends to treat virtually everyone who provides information as a confidential source whether there is any real expectation of confidentiality on the part of the source, a risk of harm to the source or likelihood that they would not be forthcoming without such assurances. This extends to employees of law enforcement agencies, public utilities and business corporations who provide information that may be publicly available. In reviewing documents for disclosure, Service officials routinely redact the names of such persons and related identifying information. In my view, the Service approach is overbroad.

[170] I recognize that the redacted information may be of little or no relevance to the underlying proceedings. However, if relevant, as discussed above, the Court has to consider whether injury would result from disclosure and whether the privilege is justified on a case-by-case basis. In some instances, this will not be difficult as the circumstances relating to the recruitment and development of the source will make it clear that the information should be treated as privileged. However, the public interest in non-disclosure of the information will not in every case outweigh the public interest in disclosure. That assessment has to be made in the third and final stage of the inquiry.

3. *The balancing test*

[171] In carrying out the third part of the analysis under section 38.06, the Court must determine whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. If the Court is satisfied that the public interest favours disclosure, subsection 38.06(2) provides for the authorization of disclosure of information in the form and under the conditions that are

[169] Je n'irais cependant pas jusqu'à dire que ce privilège devrait s'appliquer dans chaque cas aux personnes qui fournissent des renseignements au SCRS. Le Service a tendance à considérer comme une source confidentielle pratiquement chaque personne qui lui fournit des renseignements, que la source s'attende ou non réellement à ce qu'on respecte la confidentialité de ces renseignements, que la source soit exposée ou non à un risque de subir un préjudice ou qu'il soit probable ou non que ces renseignements soient communiqués sans ces assurances. Cela vaut pour les employés des organismes chargés de faire respecter la loi, les entreprises de services publics et les sociétés commerciales, qui communiquent des renseignements qui peuvent être publics. Lorsqu'ils examinent des documents en vue de leur divulgation, les fonctionnaires du Service expurgent habituellement le nom de ces personnes ainsi que tout renseignement permettant de les identifier. À mon avis, la méthode suivie par le Service est trop large.

[170] Je reconnais que les renseignements expurgés peuvent avoir peu ou point d'utilité pour les instances principales. Toutefois, s'ils sont utiles, la Cour doit, comme nous l'avons déjà vu, se demander au cas par cas si leur divulgation causerait un préjudice et si le privilège est justifié. Dans certains cas, cette analyse ne sera pas difficile étant donné qu'il ressortira des circonstances entourant le recrutement et la formation de la source que les renseignements doivent être considérés comme privilégiés. Toutefois, l'intérêt du public à la non-divulgation des renseignements ne l'emporte pas toujours sur l'intérêt du public à leur divulgation. Cette évaluation doit être effectuée à la troisième et dernière étape de l'analyse.

3. *Le critère de la mise en balance*

[171] Pour appliquer le troisième volet de l'analyse prévue à l'article 38.06, la Cour doit déterminer si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Le paragraphe 38.06(2) prévoit que, si elle est convaincue que les raisons d'intérêt public militent en faveur de la divulgation, la Cour peut

most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security.

[172] The party seeking disclosure bears the burden at this stage of proving that the public interest scale is tipped in its favour: *Ribic*, above, at paragraph 21. The Act does not specify the standard to be employed in determining whether the balance favours disclosure. The respondents submit that no higher standard should be employed than the minimal threshold of a “serious question to be tried” used in applications to obtain interim relief and assert that it is clearly met in this case: *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

[173] As the respondents are not facing criminal charges and are not involved in an immigration proceeding in which their liberty and security of the person interests are engaged, I consider that the standard for determining whether the balance favours disclosure is that developed in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154 (*Hijos*), and confirmed in *Ribic*, at paragraph 22, namely whether the information sought would establish a fact crucial to the case of the party seeking it. As discussed above, this may include a fact that would undermine an opposing party’s case. I also think it necessary to take into account that the information may provide the missing pieces of the overall mosaic or picture of the case necessary for a full adjudication of the issues between the parties.

[174] Factors identified in the jurisprudence that the Court may take into account in weighing the competing interests include: the nature of the interest sought to be protected; the admissibility and usefulness of the information; its probative value to an issue at trial; whether the party seeking disclosure has established that there are no other reasonable ways of obtaining the information; whether the disclosures sought amount to a fishing expedition; the seriousness of the issues involved: *Ribic*

autoriser la divulgation des renseignements selon la forme et les conditions les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[172] La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l’intérêt public milite en sa faveur (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 21). La Loi ne précise pas la norme à appliquer pour déterminer si la balance penche en faveur de la divulgation. Les défendeurs affirment qu’on ne devrait pas appliquer une norme plus élevée que la norme minimale de la « question sérieuse à juger » qui est utilisée pour les demandes visant à obtenir une réparation provisoire, ajoutant qu’on a nettement satisfait à cette norme en l’espèce (*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311).

[173] Comme les défendeurs ne font pas l’objet d’accusations criminelles et qu’ils ne sont pas parties prenantes à une procédure d’immigration dans laquelle leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne est en jeu, j’estime que la norme à appliquer pour décider si la balance penche en faveur de la divulgation est celle qui a été élaborée dans une cause civile, *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470 (l’arrêt *Hijos*), et qui a été confirmée dans l’arrêt *Ribic*, au paragraphe 22 : les renseignements demandés sont-ils susceptibles d’établir un fait crucial pour la partie qui les réclame? Comme nous l’avons vu, il pourrait s’agir d’un fait qui minerait la cause de la partie adverse. Je crois qu’il est également nécessaire de tenir compte du fait que les renseignements peuvent fournir les pièces manquantes pour obtenir la mosaïque ou le portrait complet de la cause nécessaires pour trancher les questions en litige entre les parties.

[174] Parmi les facteurs que les tribunaux ont énumérés et dont la Cour peut tenir compte pour pondérer les intérêts opposés, mentionnons les suivants : la nature de l’intérêt que l’on cherche à protéger; l’admissibilité et l’utilité des renseignements; leur valeur probante en ce qui concerne une question soulevée au procès; la question de savoir si le demandeur a établi qu’il n’existe pas d’autres moyens raisonnables d’obtenir les renseignements; la question de savoir si, en cherchant à obtenir la

v. *Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, cited above, at paragraph 23; *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316 (T.D.), at paragraph 26; *Hijos*, above, at paragraphs 16 and 17; *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678, 294 F.T.R. 1, at paragraph 102 (*Kempo*).

[175] Justice Noël identified a non-exhaustive list of the factors to be considered in the context of an underlying public inquiry in *Arar*, above, at paragraph 98. The list is useful in the present matter as it applies to an analogous context in which accountability was being sought for past acts and omissions of Canadian officials in relation to the detention of a Canadian citizen in Syria. The factors identified by Noël J. to be assessed and weighed in determining where the public interest lies are:

- (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.

[176] The applicant submits that the respondents already have sufficient information to make their cases in the underlying applications. He asserts that the respondents' detailed submissions and their references

divulgation, le demandeur cherche à l'aveuglette des renseignements; la gravité des questions en jeu (*Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, précitée, au paragraphe 23; *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.), au paragraphe 26; arrêt *Hijos*, précité, aux paragraphes 16 et 17; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678, au paragraphe 102 (la décision *Kempo*)).

[175] Dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 98, le juge Noël a dressé une liste non exhaustive de facteurs dont on peut tenir compte dans le contexte d'une enquête publique. Cette liste est utile en l'espèce, étant donné qu'elle concerne une situation analogue, dans laquelle on demandait aux intéressés de rendre des comptes au sujet d'actions et d'omissions antérieurement commises par des représentants canadiens relativement à la détention d'un citoyen canadien en Syrie. Voici les facteurs qui doivent, selon le juge Noël, être évalués et mis en balance pour savoir où réside l'intérêt public :

- 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.

[176] Le demandeur affirme que les défendeurs ont déjà en mains suffisamment de renseignements pour présenter leur preuve dans les demandes principales. Il soutient qu'il ressort des arguments détaillés des

to the Iacobucci Report show that as plaintiffs, they already have considerable knowledge of the facts. As part of establishing an interest for further disclosure, the respondents must persuade the Court that they need the disclosure of injurious information to prove civil liability. That information may support a claim against the Government in itself is not grounds for the information to be disclosed, according to the applicant. If a plaintiff already has sufficient information to make its case, and/or can be expected to obtain more through discovery and examination, there will be no compelling reason to cause national injury through disclosure, the applicant submits.

[177] It is perhaps trite to observe that knowledge of the facts does not equate to admissible evidence to prove those facts. Absent production of unredacted information in the government's possession, the respondents may not be able to prove the facts that Commissioner Iacobucci relied on to make findings of deficiencies in the actions and omissions of government officials based on his examination of the information in an unredacted form. As stated by the Supreme Court in *Globe and Mail v. Canada*, above, at paragraph 62 “[a] crucial consideration in any court’s determination of whether the privilege has been made out will be whether the facts, information or testimony are available by any other means.”

[178] The primary public interest in disclosure is to ensure that the trial court has the fullest possible access to all relevant material. But that is not, in itself, an overriding consideration that will compel a decision to disclose when national security interests are at stake. As was stated in *Parkin v. O’Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503, at paragraph 32, a decision of the Federal Court of Australia, the fact that a plaintiff may not be able to make out their claim without disclosure does not generally amount to exceptional

défendeurs et de leurs renvois au rapport Iacobucci qu’en tant que demandeurs dans les actions principales, ils ont déjà une connaissance approfondie des faits. Pour démontrer qu’ils ont droit à la divulgation d’autres renseignements, les défendeurs doivent convaincre la Cour qu’ils ont besoin qu’on leur communique certains renseignements préjudiciables pour établir la responsabilité civile. Le fait que ces renseignements peuvent fonder une demande contre le gouvernement ne justifie pas en soit la divulgation de ces renseignements, suivant le demandeur. Si un demandeur dispose déjà de suffisamment de renseignements pour présenter sa cause, ou si l’on peut s’attendre à ce qu’il en obtienne lors de l’enquête préalable et au moyen d’un interrogatoire, il n’existe aucune raison convaincante, selon le demandeur, de causer un préjudice à la défense ou à la sécurité nationales par suite d’une divulgation.

[177] Il va peut-être de soi de faire observer que ce n’est pas parce qu’on est au courant de certains faits que l’on dispose nécessairement d’éléments de preuve admissibles permettant de prouver ces faits. Si les renseignements non expurgés se trouvant en la possession du gouvernement ne leur sont pas communiqués, il se peut que les défendeurs ne soient pas en mesure d’établir les faits sur lesquels le commissaire Iacobucci s’est fondé pour tirer des conclusions au sujet des lacunes qui entachaient les actions et les omissions des représentants du gouvernement après avoir examiné une version non expurgée des renseignements. Ainsi que la Cour suprême l’a jugé dans l’arrêt *Globe and Mail c. Canada*, précité, au paragraphe 62, « [l]orsqu’un tribunal est appelé à déterminer si le privilège a été établi, il doit vérifier si les faits, les renseignements ou les témoignages peuvent être connus par d’autres moyens. »

[178] Le principal intérêt du public dans la divulgation est de s’assurer que la cour de première instance dispose de l’accès le plus complet possible à tous les éléments et documents pertinents. Mais il ne s’agit pas en soi d’un facteur déterminant qui commande une décision de divulguer les renseignements demandés lorsque la sécurité nationale est en jeu. Ainsi que la Cour fédérale d’Australie l’a expliqué dans l’arrêt *Parkin v. O’Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503, au paragraphe 32, le fait qu’un demandeur puisse ne pas être en

circumstances that will outweigh the public interest in keeping information secret, given that it will often be the case that public interest immunity will exclude the information a plaintiff hopes to rely on.

[179] The issues raised in the underlying actions, including the alleged Charter breaches, are very serious. At paragraph 181 of their opening written submissions, the respondents have framed this aspect of the public interest in the following terms:

There can be no greater public interest than ensuring that participation in egregious human rights breaches are brought into the open and assessed by a court with the view to ensuring that just and appropriate reparation is ordered. The underpinning of a just and democratic society is lost if impunity is permitted. In the absence of criminal prosecutions, a civil remedy which is premised on accountability is the only effective domestic remedy whereby accountability and reparation may be achieved.

[180] I note that Mr. Justice Perell recognized that the decision of the Supreme Court in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, “establishes a precedent that demonstrates that Mr. Elmaati has at least pleaded a viable claim that his *Charter* rights were violated”: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 77.

[181] The respondents submit that the underlying civil actions are the only means that they have available to obtain answers concerning the events that led to their arbitrary detention and mistreatment, which are part of the redress to which they are entitled under international law: *Convention against Torture*, above, Article 14(1) and Canada’s international human rights obligations. Any evidence of complicity in the infliction of torture or mistreatment of the principal respondents on the part of Canadian officials would bring them within the scope of the *Convention against Torture* and invokes Canada’s obligations. Moreover, the actions of the CSIS, RCMP and DFAIT officials in question are reviewable for compliance with the *Charter*: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26,

mesure d’établir le bien-fondé de sa demande si les renseignements qu’il réclame ne sont pas divulgués ne constitue pas, en règle générale, une situation exceptionnelle qui l’emporte sur l’intérêt qu’a le public à garder les renseignements secrets, vu qu’il arrive souvent que l’exception fondée sur l’intérêt public fera en sorte que les renseignements sur lesquels le demandeur souhaite se fonder seront exclus.

[179] Les questions soulevées dans les actions principales, y compris les présumées violations de la Charte, sont très sérieuses. Au paragraphe 181 de leurs observations écrites préliminaires, les défendeurs formulent comme suit cet aspect de l’intérêt public :

[TRADUCTION] Il ne peut exister de plus grand intérêt public que celui de s’assurer qu’une participation à des violations flagrantes des droits de la personne soit dénoncée et jugée par un tribunal qui se chargera d’ordonner une réparation juste et appropriée. Les fondements d’une société juste et démocratique sont ébranlés si l’on tolère l’impunité. À défaut de poursuites au criminel, une réparation civile fondée sur l’obligation de rendre des comptes est la seule réparation efficace sur le plan national qui permette d’obtenir à la fois une reddition de comptes et une réparation.

[180] Je constate que le juge Perell a reconnu que l’arrêt de la Cour suprême *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, [TRADUCTION] « constitue un précédent qui démontre que M. Elmaati a à tout le moins plaidé un moyen valable en affirmant que les droits que la Charte lui garantit ont été violés » (*Abou-Elmaati*, précité, au paragraphe 77).

[181] Les défendeurs affirment que les actions civiles principales sont le seul moyen dont ils disposent pour obtenir des réponses au sujet des événements qui ont conduit à leur détention arbitraire et aux sévices qu’ils ont subis, et qu’elles constituent une partie de la réparation à laquelle ils ont droit en vertu du droit international (*Convention contre la torture*, précitée, au paragraphe 14(1), et obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne). En plus de faire appel aux obligations du Canada, tout élément de preuve tendant à établir une complicité dans le recours à la torture ou aux sévices dont les défendeurs principaux ont été victimes de la part de représentants canadiens les ferait relever de la *Convention contre la*

[2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 106; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paragraph 19; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267. Evidence of the participation of Canadian officials in the respondents' mistreatment will engage their section 7 rights: *Khadr*, 2010 SCC 3, cited above.

[182] The public interest in holding government accountable for the alleged actions and omissions of its servants is an important consideration in this case. Mr. Justice La Forest stated the following in *Carey*, above, at page 673:

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.

[183] The right to obtain an appropriate and just remedy for Charter breaches is part of our constitutional framework: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. As was recognized by Noël J. in *Arar*, above, at paragraph 98, the Court must take higher interests such as this into account in the balancing exercise.

[184] In the particular context of this case, the Court must also take into consideration that the respondents' present liberty interests do not depend on the outcome of their civil actions against the government: *Kempo*, above, at paragraph 115. Unlike other cases in which section 38 privilege claims have been raised in which the liberty interests of a party have been directly engaged such as *Khawaja* and all of the *Khadr* cases cited above, the underlying actions in this matter are civil proceedings seeking remedies in damages. While the respondents

torture. De plus, les actes des représentants du SCRS, de la GRC et du MAECI en cause sont susceptibles d'un contrôle pour vérifier s'ils sont conformes à la Charte (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 106; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 19; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267). Les éléments de preuve démontrant une participation des représentants canadiens aux sévices infligés aux défendeurs feront jouer les droits garantis aux défendeurs par l'article 7 (arrêt *Khadr*, 2010 CSC 3, précité).

[182] L'intérêt qu'a le public à obliger le gouvernement à répondre des présumés actes ou omissions de ses préposés constitue un facteur important en l'espèce. Le juge La Forest déclare ce qui suit dans l'arrêt *Carey*, précité, à la page 673 :

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.

[183] Le droit d'obtenir une réparation juste et appropriée en cas de violation de la Charte fait partie de notre cadre constitutionnel (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863). Comme le juge Noël l'a reconnu dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 98, la Cour doit tenir compte de ces intérêts supérieurs lorsqu'elle met en balance les raisons d'intérêt public en jeu.

[184] Dans le contexte particulier de la présente affaire, la Cour doit également tenir compte du fait que le droit à la liberté actuel des défendeurs ne dépend pas de l'issue des actions civiles qu'ils ont intentées contre le gouvernement (décision *Kempo*, précitée, au paragraphe 115). À la différence d'autres affaires dans lesquelles des revendications de privilège fondées sur l'article 38 mettaient directement en jeu le droit à la liberté comme dans la décision *Khawaja* et dans toutes les affaires *Khadr*, précitées, les actions principales en

claim damages for past alleged breaches of their Charter rights, the alleged harm has been done and those rights are not presently at stake in the underlying proceedings. While maintaining access to the courts to achieve redress for civil wrongs is an important public interest, the Court must be cognizant of the risk of present and future damage to Canada's national interests if injurious information is ordered to be disclosed.

[185] The respondents argue that subsection 24(1) of the Charter provides this Court with a broad jurisdiction, apart from section 38 itself, to ensure that an appropriate and just remedy for the breach of their Charter rights is available in the trial court. They base that submission on the argument that the findings in the Iacobucci Report and the Supplementary Report already have established that the respondents' Charter rights were likely breached by Canadian officials through their involvement in the principle respondents' detention and torture in Syria and Egypt. But this Court is not in a position to make findings of fact sufficient to craft a subsection 24(1) remedy, nor can it rely on Commissioner Iacobucci's findings, for the reasons discussed above, to make such a determination.

Whether document 171 is subject to the section 38 process?

[186] The respondents submit that the bar to disclosure in subsection 38.02(1) following the giving of notice to the Attorney General does not apply to a document that has already been disclosed in an unredacted form to opposing parties and their counsel. The statute prohibits disclosure of information that has not yet been disclosed and about which a notice to prevent the possibility of disclosure has been validly

cause en l'espèce sont des instances civiles qui visent à obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation. Les défendeurs réclament des dommages-intérêts pour de présumées anciennes violations des droits qui leur sont garantis par la Charte, mais le préjudice reproché a déjà été causé et les droits en question ne sont pas actuellement en jeu dans les instances principales. Bien que la protection du droit de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation d'un délit civil constitue un intérêt public important, la Cour doit être consciente du risque qu'un préjudice soit causé maintenant ou plus tard aux intérêts nationaux du Canada si elle ordonne la divulgation de renseignements préjudiciables.

[185] Les défendeurs affirment que le paragraphe 24(1) de la Charte confère à notre Cour une vaste compétence, en plus de celle que lui confère l'article 38, pour s'assurer que le tribunal de première instance soit en mesure d'accorder une réparation juste et appropriée en cas de violation des droits qui leur sont garantis par la Charte. Ils fondent cette prétention sur l'argument que les conclusions du rapport Iacobucci et du Supplément au rapport public ont déjà établi que des représentants du Canada ont probablement violé les droits que la Charte leur garantissait en raison du rôle que ces représentants ont joué en ce qui concerne la détention et la torture dont les défendeurs principaux ont fait l'objet en Syrie et en Égypte. Notre Cour n'est toutefois pas en mesure de tirer des conclusions de fait suffisantes pour accorder une réparation en vertu du paragraphe 24(1), et elle ne peut non plus, pour les raisons déjà évoquées, se fonder sur les conclusions du commissaire Iacobucci pour rendre une telle décision.

Le document 171 est-il assujéti à la procédure prévue à l'article 38?

[186] Les défendeurs affirment que l'interdiction de divulgation prévue au paragraphe 38.02(1) à la suite de l'envoi d'un avis au procureur général ne vaut pas dans le cas d'un document qui a déjà été divulgué sous une forme non expurgée aux parties adverses et à leur avocat. La Loi interdit la communication de renseignements qui n'ont pas encore été divulgués et au sujet desquels un avis visant à exclure toute possibilité de divulgation a

given. Where disclosure has already taken place, they submit, the statute no longer applies. Moreover, they contend, there is nothing in the statute that empowers this Court to order that such information be returned to the Attorney General.

[187] The respondents maintain that the Supreme Court's decision in *Babcock*, above, with respect to the effect of disclosure in respect of cabinet confidences which fall within the scope of section 39 of the Act, is equally pertinent to section 38: *Arar*, above, at paragraph 54. They submit that in *Babcock*, the Supreme Court recognized that where a deliberate disclosure of a cabinet confidence has occurred there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law separate and apart from the *Canada Evidence Act* procedures: *Babcock*, above, at paragraph 26. The same reasoning should apply to documents for which claims of public interest privilege under section 38 are raised, they contend.

[188] The applicant's position is that the *Babcock* rationale does not apply where the document was inadvertently disclosed. They note that Perell J. has already rejected the same argument from the respondents: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 45. Inadvertence should be inferred in this case because disclosure of the content of the document was inconsistent with the position taken with respect to other information of a similar nature and the error was recognized within a month of the production of the document. The error ought not to prevent the issuance of an order that the redacted information not be further disclosed if the Court is satisfied that the test under subsection 38.06(3) of the Act is otherwise met.

[189] Should the Court hold that it has jurisdiction to deal with disclosed documents, the respondents ask the Court to find that there is no evidence of "inadvertence", in the disclosure of document 171. They argue that the document was released without redactions by one or more of the people designated by the Attorney General

été valablement donné. Ils font valoir que lorsque la divulgation a déjà eu lieu, la Loi ne s'applique plus. Ils soutiennent par ailleurs que la Loi ne renferme aucune disposition qui habilite notre Cour à ordonner que ces renseignements soient rendus au procureur général.

[187] Les défendeurs maintiennent que l'arrêt *Babcock*, précité, de la Cour suprême, qui porte sur les conséquences de la divulgation de documents confidentiels du Cabinet qui tombent sous le coup de l'article 39 de la Loi, s'applique également à l'article 38 (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 54). Ils affirment que, dans l'arrêt *Babcock*, la Cour suprême a reconnu que, lorsque des documents confidentiels du Cabinet ont été communiqués délibérément, 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, et ce, indépendamment de la procédure prévue par la *Loi sur la preuve au Canada* (*Babcock*, précité, au paragraphe 26). Le même raisonnement devrait selon eux s'appliquer aux documents pour lesquels un privilège fondé sur l'intérêt public est invoqué en vertu de l'article 38.

[188] La thèse du demandeur est que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Babcock* ne s'applique pas lorsque le document a été divulgué par inadvertance. Il relève que le juge Perell a déjà rejeté le même argument que celui qu'invoquent les défendeurs (décision *Abou-Elmaati*, précitée, au paragraphe 45). Il y a lieu de conclure à l'inadvertance en l'espèce parce que la divulgation du contenu du document était incompatible avec la position adoptée à l'égard d'autres renseignements d'une nature similaire et que l'erreur a été reconnue dans le mois suivant la production du document. Cette erreur ne devrait pas empêcher la Cour d'ordonner que les renseignements expurgés ne soient pas de nouveau divulgués si elle est convaincue que le critère prévu au paragraphe 38.06(3) de la Loi a par ailleurs été satisfait.

[189] Pour le cas où la Cour jugerait qu'elle a compétence pour se prononcer sur les documents divulgués, les défendeurs demandent à la Cour de conclure qu'il n'y a aucun élément de preuve qui permet de conclure que la divulgation du document 171 a eu lieu « par inadvertance ». Ils soutiennent que le document a été

to make final decisions regarding disclosure under section 38, following the process designed for that purpose. It is argued that if that process and the criteria for review were flawed, they were flawed by design, not inadvertence—there is no evidence of the alleged inadvertence, which this Court has said is “of essence when determining whether inadvertently disclosed information can be protected by the Court”: *Arar*, above, at paragraph 57. If the Court determines that the disclosure was inadvertent, the respondents submit that the Court must still go on to consider whether the information sought to be protected meets the test under section 38.

[190] This Court has previously held that inadvertent release of information for which a claim of privilege is advanced under section 38 information is not a waiver: *Khawaja*, above, at paragraph 111; *Khadr* April 2008, above, at paragraphs 40–42 and 114–118; *Arar*, at paragraphs 56–57. The respondents seek to distinguish those cases on the basis that none of them concerned a situation where the disclosure occurred in proceedings before a provincial superior court and no challenge had been made to the jurisdiction of the Federal Court. In *Arar*, the Court was dealing with proceedings before a federal commission of inquiry. However, both *Khawaja* and *Khadr* related to underlying cases in the Superior Court of Justice. *Khawaja* is more on point, as it concerned inadvertent production to the defence pursuant to the Crown’s disclosure obligations. In *Khadr*, the document in question had been released to a newspaper, giving rise to Charter freedom of the press considerations.

[191] I accept the applicant’s submission that the evidence points to a series of errors in the internal

communiqué sans caviardage par une ou plusieurs des personnes qui avaient été désignées par le procureur général pour prendre une décision définitive au sujet de la divulgation en vertu de l’article 38, à l’issue du processus prévu à cette fin. Les défendeurs font valoir que, si ce processus et les critères de révision sont viciés, ils le sont dans leur conception même et non par inadvertance. Ils ajoutent qu’il n’y a aucun élément de preuve au sujet de la présumée inadvertance, rappelant que notre Cour a expliqué que de telles preuves « sont capitales lorsqu’on se demande si des renseignements divulgués par inadvertance peuvent être protégés par la Cour » (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 57). Les défendeurs affirment que, si la Cour conclut que les documents ont été divulgués par inadvertance, elle doit poursuivre son examen en se demandant si les renseignements que l’on veut protéger satisfont au critère de l’article 38.

[190] Notre Cour a déjà jugé que la communication par inadvertance de renseignements faisant l’objet d’une revendication de privilège en vertu de l’article 38 n’emporte pas renonciation (décision *Khawaja*, précitée, au paragraphe 111; *Khadr* d’avril 2008, précitée, aux paragraphes 40 à 42 et 114 à 118; *Arar*, précitée, aux paragraphes 56 et 57). Les défendeurs tentent également d’établir une distinction entre ces affaires en faisant valoir qu’aucune ne portait sur une situation dans laquelle la divulgation avait eu lieu au cours d’une instance introduite devant une cour supérieure provinciale et en ajoutant que la compétence de la Cour fédérale n’y était pas contestée. Dans l’affaire *Arar*, la Cour se penchait sur une procédure s’étant déroulée devant une commission d’enquête fédérale. Toutefois, les affaires *Khawaja* et *Khadr* se rapportaient toutes les deux à la demande principale soumise à la Cour supérieure de justice. L’affaire *Khawaja* est celle qui est la plus pertinente, parce qu’elle concernait la production par inadvertance de la défense en réponse aux obligations de divulgation de la Couronne. Dans l’affaire *Khadr*, le document en question avait été communiqué à un journal, ce qui soulevait la question de la liberté de presse garantie par la Charte.

[191] J’accepte l’argument du demandeur suivant lequel la preuve révèle qu’une série d’erreurs ont été

government review and redaction process, and in the final preparation of the electronic version of the documents sent to the respondents. The steps taken by counsel for the applicant to notify counsel for the respondents, and to give formal notice to the Attorney General, when the mistake was discovered, are also inconsistent with advertent disclosure. I find, therefore, that the disclosure was not deliberate and the circumstances of its release do not constitute a waiver of the claimed privilege. The information in question in document 171 is, therefore, subject to the same three-step analysis as the other information at issue: *Khadr*, 2008 SCC 28, cited above, at paragraph 40.

[192] There is no dispute as to the relevancy of the redacted information in the document, aside from some file numbers and other minor administrative details. The redactions, notwithstanding the most recent “lifts”, continue to withhold information that Commissioner Iacobucci believed should be disclosed to the public. The Supplementary Report discloses much but not all of the substance of the redacted information. And the Report does not constitute admissible evidence. The content that is still redacted was thoroughly parsed in the testimony and submissions heard *in camera*. As a result, I am not persuaded that the disclosure of certain of the redacted parts of the document would result in injury. With regard to other portions, I am satisfied that the respondents have demonstrated that the public interest favours disclosure.

CONCLUSION

[193] In reviewing the information which the Attorney General seeks to protect, I have considered whether: (a) the information is relevant to the underlying proceedings; (b) the applicant has met his onus of demonstrating that disclosure of the information would cause injury with factual evidence and on a reasonableness standard; and (c) where I have found that injury has been established, that the respondents have met their onus of

commises au cours du processus interne d’examen et de caviardage du gouvernement ainsi que lors de la préparation de la version électronique définitive des documents qui ont été envoyés aux défendeurs. Les mesures prises par l’avocat du demandeur pour aviser l’avocat des défendeurs et pour donner un avis officiel au procureur général, lorsque l’erreur a été découverte, sont également incompatibles avec une divulgation par inadvertance. Je conclus donc que la divulgation n’était pas délibérée et que les circonstances de la communication des renseignements en question n’emportent pas renonciation au privilège revendiqué. Les renseignements en cause qui se trouvent dans le document 171 sont par conséquent assujettis à la même analyse en trois étapes que les autres renseignements en litige (arrêt *Khadr*, 2008 CSC 28, précité, au paragraphe 40).

[192] La pertinence des renseignements expurgés de ce document n’est pas contestée, hormis quelques numéros de dossiers et d’autres détails administratifs mineurs. Malgré les plus récentes suppressions de caviardage, les passages expurgés portent encore sur des renseignements dont la communication est refusée et qui, selon le commissaire Iacobucci, devraient être divulgués au public. Le Supplément au rapport public divulgue une grande partie des renseignements expurgés, mais pas la totalité. Et le rapport n’est pas admissible en preuve. Les passages qui sont encore caviardés ont été analysés dans les témoignages et les arguments entendus à huis clos. Il s’ensuit que je ne suis pas convaincu que la divulgation de certains des passages expurgés du document causerait un préjudice. En ce qui concerne d’autres passages, je suis convaincu que les défendeurs ont démontré que l’intérêt public milite en faveur de leur divulgation.

CONCLUSION

[193] Pour examiner les renseignements que le procureur général cherche à protéger, je me suis demandé : a) si les renseignements étaient pertinents par rapport aux instances principales; b) si le demandeur s’était déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer que la divulgation des renseignements causerait un préjudice compte tenu des éléments de preuve factuels et suivant la norme de la décision raisonnable; c) si je conclusais

showing the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure.

[194] For the most part, I am satisfied that the redacted information is relevant to the underlying civil actions. That which I consider not relevant is primarily administrative detail. With regard to certain of the redacted information, I am satisfied that the applicant has not met his onus of demonstrating injury and an order to disclose the information will follow, subject to any other claims of privilege which the applicant may assert before the trial court. Where injury has been established, I have considered whether the respondents have shown that the public interest favours disclosure. Where I have concluded that there should be further production in such cases, I have considered whether the injury may be neutralized by disclosing the information in the form of a summary that does not reveal particularly sensitive information such as the names of foreign officials or agencies.

[195] The results of these decisions are set out in a table attached as “Annex A” to the order that has been released to the applicant pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the Act. The information which is ordered to be disclosed will be provided to the respondents on the expiry of the periods for appeal accorded the applicant in section 38.09 and, if any application for leave to appeal is made to the Supreme Court of Canada, in section 38.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act. I have also indicated in the order, as the Act is not clear in this regard, that the period for any appeal by the respondents should run from the date on which the further disclosures are made to them. That is, of course, subject to any further time for appeal that the Federal Court of Appeal may consider appropriate under section 38.09 of the Act.

que l’existence d’un préjudice avait été établie, si les défendeurs s’étaient acquittés du fardeau qui leur incombaient de démontrer que l’intérêt public à ce que les renseignements soient divulgués l’emportait sur l’intérêt public à ce qu’ils ne le soient pas.

[194] Dans l’ensemble, je suis convaincu que les renseignements expurgés sont pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales. Ceux que je ne considère pas comme pertinents portent surtout sur des détails administratifs. En ce qui concerne certains des renseignements expurgés, je suis convaincu que le demandeur ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer l’existence d’un préjudice. Une ordonnance de divulgation des renseignements sera donc prononcée, sous réserve de toute autre revendication de privilège que le demandeur peut faire valoir devant le tribunal de première instance. Lorsque le préjudice a été établi, je me suis demandé si les défendeurs avaient démontré que l’intérêt public militait en faveur de la divulgation. Après avoir conclu que les renseignements en question devaient effectivement être produits, j’ai cherché à savoir si le préjudice pouvait être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé ne révélant pas des renseignements particulièrement sensibles comme le nom de représentants ou d’organismes étrangers.

[195] Le résultat de ces décisions est exposé dans le tableau joint à l’ordonnance à titre d’annexe A qui a été communiqué au demandeur conformément à l’alinéa 38.02(2)b) de la Loi. Les renseignements dont la divulgation est ordonnée seront communiqués aux défendeurs à l’expiration du délai d’appel accordé au demandeur à l’article 38.09 et, si une demande d’autorisation de pourvoi est présentée à la Cour suprême du Canada, à l’article 38.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi. Comme la Loi n’est pas claire à ce sujet, j’ai également précisé dans l’ordonnance que le délai imparti aux défendeurs pour interjeter appel commencera à courir à la date à laquelle les renseignements leur seront divulgués, et ce, évidemment, sous réserve de tout autre délai d’appel que la Cour d’appel fédérale peut juger approprié d’accorder en vertu de l’article 38.09 de la Loi.

[196] I am grateful to the *amici* and counsel for the Attorney General for their diligent efforts to assist the Court in dealing with the *ex parte* and *in camera* aspects of this application. I also appreciate the efforts of counsel for the respondents to provide meaningful opening and closing submissions notwithstanding the difficulties they faced in addressing issues obscured by their inability to have full disclosure of the information in the government's possession.

[196] Je tiens à exprimer ma gratitude envers les intervenants désintéressés et les avocats du procureur général pour les efforts soutenus qu'ils ont déployés pour aider la Cour à se prononcer sur les aspects *ex parte* et à huis clos de la présente demande. Je remercie également les avocats des défendeurs pour les observations introductives et finales utiles qu'ils ont formulées malgré les difficultés auxquelles ils étaient confrontés du fait qu'ils devaient aborder des questions sans avoir pu bénéficier des lumières que leur aurait apportées une divulgation intégrale des renseignements se trouvant en la possession du gouvernement.