

DES-1-11  
2015 FC 1278

DES-1-11  
2015 CF 1278

**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.—Ottawa, September 1 and November 23, 2015.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 1<sup>er</sup> septembre et 23 novembre 2015.

\*Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-520-15, 2016 FCA 195). The reasons for judgment, handed down July 8, 2016, will be published in the *Federal Courts Reports*.

\*Note de l'arrêstiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-520-15, 2016 CAF 195). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8 juillet 2016, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

*Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Application for order with respect to disclosure of information subject of discovery proceedings in actions brought by respondents in Superior Court of Justice of Ontario — An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts (Bill C-44) amending Canadian Security Intelligence Service Act (Act), s. 18(1), enacting s. 18.1 — Proceeding herein regarding application of those provisions to proceedings initiated prior to enactment of that legislation — Information at issue herein withheld from respondents in discovery process pursuant to Canada Evidence Act (CEA), s. 38.02(1)(a) — Applicant seeking to confirm prohibition of disclosure — Respondents requesting order authorizing disclosure of information relevant to civil actions, including identities of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) employees, human source information — Whether Act, s. 18(1) prohibiting disclosure of CSIS employees' identities under CEA, s. 38; whether statutory human source privilege*

*Renseignement de sécurité — Divulgence de renseignements — Sources humaines — Demande sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario — La Loi modifiant la Loi sur le Service du renseignement de sécurité et d'autres lois (projet de loi C-44) a modifié l'art. 18(1) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et a créé l'art. 18.1 — La présente procédure concernait l'application de ces dispositions à une procédure engagée avant l'adoption de la loi — La divulgation des informations visées par la présente demande a été refusée aux défendeurs lors de l'enquête préalable conformément à l'art. 38.02(1)(a) de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) — Le demandeur a demandé de confirmer l'interdiction de divulgation — Les défendeurs ont sollicité une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles, y compris l'identité d'employés*

*established through enactment of Act, s. 18.1 applying to information at issue herein — Parties differing over weight enactment of s. 18(1) should be given under Ribic v. Canada (Attorney General) test — Scope of offence in s. 18(1) limited by exception set out in s. 18(2), disclosures authorized under Act, s. 19 — Information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed as required by law, including disclosure mandated by designated judge discharging duties under CEA, s. 38 — S. 18.1 silent as to temporal application — Applicant failing to demonstrate legislation could not function effectively on going-forward basis — Nothing suggesting Parliament considered application of provision to matters still underway before courts as legislation was being considered — Applying s. 18.1 to information obtained by CSIS years earlier giving legislation retrospective effect — Question whether legislation affecting substantive or vested rights — New legislation establishing class privilege creating substantive rights for human sources — Limiting ability of respondents to prove their claims — S. 18.1 should not be applied to information at issue herein, information should continue to be subject to Ribic test — Alternatively, as to whether respondents having vested right to human source identifying information, argument right to information not vested until disclosed rejected — Right to discovery part of trial process from outset — Question to be determined in s. 38 review whether information in discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds — At time s. 18.1 brought into force, respondents having vested right to established disclosure regime for duration of CEA, s. 38 proceedings — Balancing of competing public interests of full disclosure, national security achieved through Ribic test without ousting vested rights of respondents — Application of s. 18.1 in these proceedings retrospective, thus invalid.*

*du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) ainsi que les informations provenant de sources humaines — Il s'agissait de savoir si l'art. 18(1) de la Loi interdit la divulgation de l'identité des employés du SCRS fondée sur l'art. 38 de la LPC et si le privilège relatif aux sources humaines créé par l'art. 18.1 de la Loi s'applique aux informations en cause en l'espèce — Les parties ne se sont pas entendues sur le poids qu'il faudrait accorder à l'art. 18(1) selon les critères de la décision Ribic c. Canada (Procureur général) — La portée de l'infraction prévue à l'art. 18(1) est limitée par l'exception énoncée à l'art. 18(2) et les autorisations de communication prévues à l'art. 19 de la Loi — Les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées en conformité avec les exigences de la loi, y compris les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'art. 38 de la LPC — L'art. 18.1 est muet quant à son application dans le temps — Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective — Rien ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen — L'application de l'article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le SCRS de nombreuses années plus tôt équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi — Il s'agissait de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis — La nouvelle loi codifie un nouveau privilège générale qui crée un droit substantiel pour les sources humaines — La Loi limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations — L'art. 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision Ribic — Subsidiairement, quant à la question de savoir si les défendeurs ont un droit acquis à la divulgation de renseignements permettant l'identification de sources humaines, l'argument voulant que le droit d'obtenir des informations ne soit acquis qu'au moment même où celles-ci sont divulguées a été rejeté — Le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début — La question à trancher dans un examen fondé sur l'art. 38 était de savoir si, à l'étape de l'enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l'intérêt public — Au moment où l'art. 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l'art. 38 de la LPC — La mise en balance du facteur de l'intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l'espèce en fonction du critère de la décision Ribic sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs — Ainsi, l'application rétrospective de l'art. 18.1 a été jugée invalide.*

This was an application for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery

Il s'agissait d'une demande sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le

proceedings in actions brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario.

An Act to amend the *Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (Bill C-44) amended subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act), which makes it an offence to disclose the identity of an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), and enacted section 18.1 of the Act. Section 18.1 provides that the identity of human sources or information that would disclose the identity of human sources is to be “kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to [CSIS].” The proceeding herein regarded the application of these two provisions to proceedings initiated prior to the enactment of the legislation. The information that is the subject matter of this application has been withheld from the respondents in the discovery process pursuant to the claim of national interest privilege, a statutory prohibition on disclosure of information that would be injurious to Canada, set out in paragraph 38.02(1)(a) of the *Canada Evidence Act* (CEA). The applicant sought to confirm the prohibition of disclosure based on claims of injury to the protected national interests. The respondents requested an order authorizing the disclosure of all information relevant to their civil actions, including the identities of CSIS employees, and human source information.

At issue was whether subsection 18(1) of the Act prohibits the disclosure of CSIS employees’ identities under section 38 of the CEA, and whether the statutory human source privilege established through the enactment of section 18.1 of the Act applies to the information at issue herein.

*Held*, the application of section 18.1 in these proceedings would be retrospective and is thus invalid.

While the parties agreed that subsection 18(1) does not bind the Court so as to preclude the disclosure of the names of CSIS employees under section 38, they differed over what weight the enactment of subsection 18(1) should be given under the *Ribic v. Canada (Attorney General)* test. The scope of the offence in subsection 18(1), as it read prior to the enactment of Bill C-44 and as it reads now in the amended Act, is limited by the exception set out in subsection 18(2) and the disclosures authorized under section 19 of the Act. Accordingly, information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed for the purposes of the performance of duties and functions under any other act of Parliament or as required by any other law. This includes disclosure mandated by a designated judge of the Court who is discharging his or her duties under section 38 of the CEA.

processus d’enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l’Ontario.

La Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d’autres lois (le projet de loi C-44) a modifié le paragraphe 18(1) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (la Loi), qui érige en infraction le fait de communiquer l’identité d’un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), et a créé l’article 18.1 de la Loi. L’article 18.1 dispose que l’anonymat des sources humaines ou informations qui permettrait de découvrir l’identité des sources humaines est un aspect qu’il faut « préserver [...] afin de protéger leur vie et leur sécurité et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au [SCRS] ». La procédure engagée aux présentes concernait l’application des deux dispositions susmentionnées à une procédure engagée avant l’adoption de la loi. La divulgation des informations visées par la présente demande a été refusée aux défendeurs lors de l’enquête préalable parce qu’elle serait préjudiciable à l’intérêt national et que l’alinéa 38.02(1)a) de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) interdit de divulguer des informations qui porteraient préjudice au Canada. Le demandeur a demandé à la Cour de confirmer l’interdiction de divulgation fondée sur des prétentions d’atteinte aux intérêts nationaux protégés. Les défendeurs ont sollicité une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles, y compris l’identité d’employés du SCRS ainsi que les informations provenant de sources humaines.

Il s’agissait de savoir si le paragraphe 18(1) de la Loi interdit la divulgation de l’identité des employés du SCRS fondée sur l’article 38 de la LPC et si le privilège relatif aux sources humaines créé par l’article 18.1 de la Loi s’applique aux informations en cause en l’espèce.

*Jugement* : l’application de l’article 18.1 en l’espèce serait retrospective, et ainsi, elle est jugée invalide.

Bien que les parties se soient entendues quant au fait que le paragraphe 18(1) ne lie pas la Cour de manière à empêcher la divulgation des noms d’employés du SCRS fondée sur l’article 38 de la LPC, elles ne se sont pas entendues sur le poids qu’il faudrait accorder au paragraphe 18(1) selon les critères de la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*. La portée de l’infraction prévue au paragraphe 18(1), telle que la disposition était libellée avant l’adoption du projet de loi C-44 et telle qu’elle est actuellement libellée dans la Loi révisée, est limitée par l’exception énoncée au paragraphe 18(2) et les autorisations de communication prévues à l’article 19 de la Loi. Par conséquent, les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées dans l’exercice des fonctions qui leur sont conférées en vertu de toute autre loi fédérale ou en

As to section 18.1, it is silent as to its temporal application. The applicant asserted that as of April 23, 2015, section 18.1 applies to all proceedings regardless of when they began, so long as there was no disclosure of human source information prior to that date. The respondents asserted that section 18.1 must only apply to human sources who were or will be given the promise of confidentiality in exchange for information after Bill C-44 came into effect.

The applicant failed to demonstrate that the legislation could not function effectively on a going-forward basis. There is nothing in the Parliamentary record suggesting that Parliament considered the application of the provision to matters that were still underway before the courts as the legislation was being considered. Applying section 18.1 to information that was obtained by CSIS many years earlier to prevent its disclosure post-enactment gives the legislation retrospective effect. The question to be resolved was whether the legislation affects substantive or vested rights.

Under the amended scheme, the Court would have no role in determining whether protection was necessary in any specific case, and would be prohibited from examining the circumstances under which a promise of confidentiality was made. Should section 18.1 apply in the present circumstances, the Court would have no opportunity to consider whether there was an overwhelming public interest in disclosure to offset these considerations absent a determination that the individual is not, in fact, a human source. There is virtually no scope left by the legislation to make that determination or to identify the source subject to, in criminal proceedings, the innocence at stake exception set out in subsection 18.1(4) of the Act.

The new legislation establishes a class privilege that creates substantive rights for human sources and could have a substantive effect on the scope of permissible disclosure in these proceedings. Should it have such an effect, it would limit the ability of the respondents to prove their claims against the defendant and their ability to establish that their constitutional rights were infringed. Section 18.1 should not be applied to the information at issue in these proceedings and the information should continue to be subject to the *Ribic* test for disclosure.

conformité avec les exigences d'une autre règle de droit. Cela comprend les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'article 38 de la LPC.

Quant à l'article 18.1, la loi elle-même est muette quant à son application dans le temps. Le demandeur affirme qu'à partir du 23 avril 2015, l'article 18.1 s'applique à toutes les instances, peu importe le moment où elles ont été intentées, pourvu qu'il n'y ait pas eu de divulgation des informations provenant d'une source humaine avant cette date. Les défendeurs ont affirmé que l'article 18.1 ne doit s'appliquer qu'à des sources humaines qui ont reçu une promesse d'anonymat en contrepartie d'un transfert des informations après l'entrée en vigueur du projet de loi C-44.

Le demandeur n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective. Rien dans les débats parlementaires ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen. L'application de l'article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le SCSR de nombreuses années plus tôt en vue d'empêcher leur divulgation après l'adoption de la loi équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi. La question qui devait être tranchée était de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis.

Sous le régime envisagé par les modifications, la Cour n'aurait aucun rôle à jouer pour trancher la question de savoir si la protection était nécessaire dans l'un ou l'autre cas précis. Il serait également interdit à la Cour d'examiner les circonstances dans lesquelles la promesse d'anonymat a été faite. Si l'article 18.1 devait s'appliquer en l'espèce, la Cour n'aurait aucune occasion d'examiner la question de savoir s'il existe un intérêt public à la divulgation pour contrebalancer ces facteurs, en l'absence d'une conclusion selon laquelle la personne physique n'est pas, en réalité, une source humaine. La loi ne laisse pratiquement aucune possibilité pour tirer cette conclusion ou pour identifier la source sous réserve, dans les instances criminelles, de l'exception relative à la démonstration de l'innocence prévue au paragraphe 18.1(4) de la Loi.

La nouvelle loi établit un privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et pourrait avoir un effet substantiel sur la portée d'une divulgation autorisée en l'espèce. Si la loi devait produire un tel effet, elle limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations portées contre le défendeur et à établir que leurs droits constitutionnels ont été violés. L'article 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision *Ribic* relativement à la divulgation.

In the alternative, the issue of whether the respondents had a vested right to the disclosure of human source identifying information, subject to section 38, was addressed. The argument that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed, was rejected. The right to discovery is part of the trial process from the outset. The question to be determined in a section 38 review is whether information in the discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds. At the time section 18.1 was brought into force the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceedings. Under that regime, human source identifying information is subject to a determination of the public interest privilege claims asserted by the applicant. The balancing of the competing public interests of full disclosure and national security can be achieved in this proceeding through the *Ribic* test without ousting the vested rights of the respondents.

In conclusion, the application of section 18.1 in these proceedings would have been retrospective, and created a new privilege that affects the substantive rights of the respondents. The respondents had a vested right to disclosure of human source identifying information in order to support their claims in the Ontario Superior Court. Thus, the retrospective application of section 18.1 was held to be invalid.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (assented to April 23, 2015), S.C. 2015, c. 9.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38–38.16.  
*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].  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “human source”, 18, 18.1, 19.  
*Citizen’s Arrest and Self-defence Act*, S.C. 2012, c. 9.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1952, c. 314.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.  
*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 23.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 83(1)(d).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 5(2), 10.  
*Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9.

Subsidiairement, la question de savoir si les défendeurs avaient un droit acquis à l’égard des informations relatives à des sources humaines, dans un examen fondé sur l’article 38, a été abordée. L’argument voulant que, dans un examen fondé sur l’article 38, le droit d’obtenir des informations ne soit acquis qu’au moment même où celles-ci sont divulguées a été rejeté. Le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début. La question à trancher dans un examen fondé sur l’article 38 est de savoir si, à l’étape de l’enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l’intérêt public. Au moment où l’article 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l’article 38. Sous ce régime, les informations d’identifications de sources humaines sont assujetties à une conclusion portant sur les prétentions avancées par le demandeur selon lesquelles il existe un privilège d’intérêt public. La mise en balance du facteur de l’intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l’espèce en fonction du critère de la décision *Ribic* sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs.

En conclusion, l’application de l’article 18.1 en l’espèce aurait été rétrospective, et aurait créé un nouveau privilège qui porte atteinte aux droits substantiels des défendeurs. Les défendeurs avaient un droit acquis à la divulgation des informations permettant l’identification de sources humaines afin qu’ils puissent étayer leurs demandes présentées à la Cour supérieure de l’Ontario. Ainsi, l’application rétrospective de l’article 18.1 a été jugée invalide.

#### 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].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 5(2), 10.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1952, ch. 314.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16.  
*Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9.  
*Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 23.  
*Loi sur l’arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, ch. 9.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 “source humaine”, 18, 18.1, 19.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 83(1)d).  
 Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois* (sanctionné le 23 avril 2015), L.C. 2015, ch. 9.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

## DISTINGUISHED:

*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449.

## CONSIDERED:

*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. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, revd 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, leave to appeal to S.C.C. refused [2012] 1 S.C.R. v; *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Jaballah (Re)*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43; *Buskirk v. Canada (Solicitor General)*, 2012 FC 1463, [2014] 2 F.C.R. 317; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403, (1957), 8 D.L.R. (2d) 449; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, 57 D.L.R. 648; *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242.

## REFERRED TO:

*Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, revd 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, conf. par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, inf. par 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2012] 1 R.C.S. v; *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279; *Buskirk c. Canada (Solliciteur général)*, 2012 CF 1463, [2014] 2 R.C.F. 317; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403; *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22; *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413; *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, inf. par 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508.

## AUTHORS CITED

- 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: Public Works and Government Services Canada, 2006, online: <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher\\_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/AR\\_English.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/eng/AR_English.pdf)>.
- Canada. *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008, online: <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final\\_report/final-report-copy-en.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final_report/final-report-copy-en.pdf)>.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Roach, Kent, “The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44” (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in actions brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. Application of *Canadian Security Intelligence Service Act*, section 18.1 in these proceedings retrospective, thus invalid.

## APPEARANCES

*Derek Rasmussen, Lorne Ptack and Craig Collins-Williams* for applicant.  
*François Dadour and John Norris* as *amici curiae*.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Philip Tunley, Stockwoods LLP Barristers*, Toronto, and *Barbara Jackman, Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, for respondents.

## DOCTRINE CITÉE

- 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 : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006, en ligne : <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher\\_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/AR\\_French.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/maher_arar/07-09-13/www.ararcommission.ca/fr/AR_French.pdf)>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008, en ligne : <[http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-f/final\\_report/final-report-copy-fr.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-f/final_report/final-report-copy-fr.pdf)>.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Édition Thémis, 1999.
- Roach, Kent, « The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44 » (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

DEMANDE sollicitant une ordonnance portant sur la divulgation des informations visées par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. L'application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service du renseignement de sécurité* dans la présente procédure est rétrospective et est donc jugée invalide.

## ONT COMPARU

*Derek Rasmussen, Lorne Ptack et Craig Collins-Williams* pour le demandeur.  
*François Dadour et John Norris* à titre d'*amici curiae*.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Philip Tunley, Stockwoods LLP Barristers*, Toronto, et *Barbara Jackman, Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, pour les défendeurs.

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

MOSLEY J.:

## I. INTRODUCTION

[1] Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* was introduced in the House of Commons on October 27, 2014. The Bill received Royal Assent on April 23, 2015 and was brought into force as the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9.

[2] The legislation amended subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), which makes it an offence to disclose the identity of an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service), and created a new section 18.1.

[3] Section 18.1 now provides that the identity of human sources or information that would disclose the identity of human sources is to be “kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.”

[4] This is an interlocutory decision regarding the application of these two provisions to proceedings initiated prior to the enactment of the legislation. In this matter, 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 brought by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. In those actions, Messrs. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin, joined by members of their families, seek compensatory damages from the Government of Canada for, among other things, alleged complicity by Canadian officials, departments and agencies 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*

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

LE JUGE MOSLEY :

## I. INTRODUCTION

[1] Le projet de loi C-44, intitulé *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, a été déposé à la Chambre des communes le 27 octobre 2014. Le projet de loi a reçu la sanction royale le 23 avril 2015 et est entré en vigueur sous le titre de *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9.

[2] La Loi a modifié le paragraphe 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), qui érige en infraction le fait de communiquer l'identité d'un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service), et a créé une nouvelle disposition, à savoir l'article 18.1.

[3] L'article 18.1 stipule maintenant que l'anonymat des sources humaines ou informations qui permettrait de découvrir l'identité des sources humaines est un aspect qu'il faut « préserver [...] afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service ».

[4] La Cour est appelée à rendre une décision interlocutoire concernant l'application des deux dispositions susmentionnées à une procédure engagée avant l'adoption de la loi. En l'espèce, le procureur général du Canada a demandé que soit rendue une ordonnance portant sur la divulgation des informations visés par le processus d'enquête préalable dans des actions intentées par les défendeurs à la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans ces actions, MM. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin réclament, de concert avec des membres de leurs familles, des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada notamment pour une complicité alléguée de la part de fonctionnaires, de ministères et d'organismes canadiens relativement à la détention et à la torture dont ils ont été victime en Syrie (et en Égypte, dans le cas de

*Act, 1982, Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11 (U.K.)* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[5] In addition to being the applicant in these proceedings, the Attorney General of Canada is also, pursuant to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, section 23, the representative defendant in the underlying civil actions on behalf of the public servants and government departments and agencies alleged to have been complicit in the harms suffered by the respondents. The application is brought in the Federal Court under subsection 38.04(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[6] The information which is the subject matter of this application is in the possession of departments and agencies of the Government of Canada. It has been withheld from the respondents in the discovery process pursuant to the claim of national interest privilege, a statutory prohibition on disclosure of information that would be injurious to Canada's national defence, national security or international relations if released to the public, set out in paragraph 38.02(1)(a) of the CEA.

[7] The Attorney General seeks to have the prohibition of disclosure based on claims of injury to the protected national interests (the section 38 claims) confirmed by the Court. Alternatively, the Attorney General requests that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) of the CEA to disclose the information in the form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations.

[8] The respondents request an order authorizing the disclosure of all information relevant to their civil actions that the applicant seeks to withhold or, in the alternative, the disclosure of summaries or substitutions that would meet the public interest including their interests in obtaining disclosure to the fullest degree possible in each case. The information they seek includes the

M. Elmaati) et à 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).

[5] Outre sa qualité de demandeur en l'espèce, le procureur général du Canada est aussi, selon l'article 23 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, le défendeur, dans les actions civiles sous-jacentes, qui représente les ministères et les fonctionnaires des organismes gouvernementaux qui auraient été complices des préjudices subis par les défendeurs. La présente demande est introduite à la Cour fédérale au titre du paragraphe 38.04(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[6] Les informations visées par la présente demande sont détenues par des ministères et organismes du gouvernement du Canada. La divulgation des informations en question a été refusée aux défendeurs lors de l'enquête préalable parce qu'elle serait préjudiciable à l'intérêt national et que l'alinéa 38.02(1)a) de la LPC interdit de divulguer des informations qui porteraient préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales du Canada.

[7] Le procureur général demande à la Cour de confirmer l'interdiction de divulgation fondée sur des prétentions d'atteinte aux intérêts nationaux protégés (les prétentions fondées sur l'article 38). Subsidiairement, le procureur général demande à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) de la LPC en ordonnant la divulgation des informations en la forme et aux conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[8] Les défendeurs sollicitent une ordonnance autorisant la divulgation de toutes les informations se rapportant à leurs actions civiles dont le demandeur refuse la communication ou, subsidiairement, la divulgation de résumés ou de documents de remplacement, qui sont conformes à la protection de l'intérêt public, tout en tenant compte de leur intérêt à obtenir la divulgation

identities of CSIS employees, and human source information that may be in the collection of documents before the Court, and if so, presently withheld from disclosure.

[9] The Court was advised by counsel for the Attorney General of Canada following the coming into force of Bill C-44 that its provisions may have some bearing on the issues before the Court in these proceedings. As a result, the Court has received oral and written submissions with regard to the interpretation and application of the new and revised legislation.

[10] It is not my intention in these reasons to refer to the test established in *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affirmed by 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*) with regard to disclosure of the contested information. Nor do I intend to discuss the application of the *Ribic* principles to the redacted identities or information that may tend to identify any CSIS employees or human sources that may be in the collection of documents before the Court. That task, if necessary, will be undertaken as part of the Court's overall review of the disputed information which is currently underway.

[11] However, in the interests of greater transparency relating to the Court's interpretation and application of the recent amendments, I consider it necessary to address the Court's interpretation of the recent changes to the law in these public reasons. In doing so, I will not refer to any of the information received during the closed proceedings. These reasons do not reflect any conclusions reached with respect to the application of the *Ribic* test to the disputed information.

[12] In these reasons I outline the background of the application, describe the applicable legal framework, and discuss the legal arguments raised by the parties and

la plus complète possible dans chaque cas. Les informations qu'ils cherchent à obtenir comprennent l'identité d'employés du SCRS ainsi que les informations provenant de sources humaines qui pourraient se trouver dans la série de documents dont la Cour est saisie et, le cas échéant, dont la communication est actuellement refusée.

[9] Les avocats du procureur général ont avisé la Cour qu'après l'entrée en vigueur du projet de loi C-44, les dispositions contenues dans celui-ci pourraient avoir une certaine incidence sur les questions dont la Cour est saisie en l'espèce. Par conséquent, la Cour a entendu des témoignages et reçu des observations écrites quant à l'interprétation et à l'application de la nouvelle loi révisée.

[10] Je n'ai pas l'intention, dans les présents motifs, de décrire les critères établis dans la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, confirmée par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 (*Ribic*), en ce qui concerne la divulgation des informations en cause. Je n'entends pas non plus examiner l'application des principes énoncés dans la décision *Ribic* aux éléments d'identité ou les informations caviardées qui permettraient d'identifier tout employé du SCRS ou toute source humaine et qui pourraient se trouver dans la série de documents dont la Cour est saisie. S'il le faut, la Cour s'occupera de cette question dans le contexte de l'examen global qu'elle fait présentement concernant les informations en cause.

[11] Toutefois, afin d'assurer la plus grande transparence en ce qui a trait à l'interprétation et à l'application, par la Cour, des récentes modifications, j'estime qu'il est nécessaire de se pencher dans les présents motifs publics sur l'interprétation que la Cour fait des récentes modifications apportées à la loi. Pour ce faire, je ne ferai mention d'aucun renseignement reçu au cours des audiences tenues à huis clos. Les présents motifs ne tiennent compte d'aucune conclusion tirée relativement à l'application aux informations en cause du critère énoncé dans la décision *Ribic*.

[12] Dans les présents motifs, je relate l'historique de l'instance, définit le cadre juridique applicable, examine les arguments juridiques soulevés par les parties ainsi

the principles I have relied upon in determining whether the amended subsection 18(1) and new section 18.1 ought to apply in these proceedings.

[13] For convenience, reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 of the CEA.

## II. PROCEDURAL HISTORY

[14] The respondents' claims in the Superior Court of Justice were initiated following the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, and the consequent report [*Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006] (the O'Connor Inquiry 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. 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).

[15] The proceedings before the Superior Court 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. To that end, in July 2009, counsel for the Attorney General disclosed approximately 486 documents to the respondents, of which 290 contained redactions. The 486 documents had been specifically requested by the respondents because of references to them in the Iacobucci Report. For reasons unknown to this Court the mediation did not proceed as planned in November 2009 and the litigation resumed. Notice was given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) of the CEA in January 2010 that 289 of the documents disclosed to the respondents for discovery purposes contained sensitive or potentially injurious information. This number was later reduced to 268 as

que les principes sur lesquels je me suis fondé pour déterminer si le paragraphe 18(1) modifié et le nouvel article 18.1 devraient s'appliquer en l'espèce.

[13] Par souci de commodité, toute mention de l'article 38 dans les présents motifs s'entend des articles 38 à 38.16 de la LPC.

## II. HISTORIQUE DE LA PROCÉDURE

[14] Les défendeurs ont introduit leurs demandes à la Cour supérieure de justice dans la foulée de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, et du rapport qui a été publié par la suite [*Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006] (le rapport d'enquête O'Connor). Dans son rapport, le juge Dennis O'Connor recommandait que les dossiers des trois défendeurs principaux soient réexaminés, mais que l'examen se fasse d'une manière plus appropriée qu'une enquête publique en bonne et due forme en raison des questions de sécurité nationale en jeu. 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, Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (l'enquête Iacobucci).

[15] Les instances introduites devant la Cour supérieure 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 cette fin, en juillet 2009, les avocats du procureur général ont communiqué aux défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés. La communication des 486 documents avait été explicitement demandée par les défendeurs parce que le rapport Iacobucci faisait mention de ceux-ci. Pour des raisons que la Cour ignore, la médiation n'a pas eu lieu en novembre 2009 comme prévu et les instances ont repris. En janvier 2010, un avis a été donné au procureur général en vertu du paragraphe 38.01(1) de la LPC pour lui faire savoir que, parmi les documents qui avaient été communiqués aux défendeurs dans le cadre de l'enquête préalable,

the Attorney General authorized additional disclosures. A notice of application under subsection 38.04(1) of the CEA was filed on February 9, 2010.

[16] The initial section 38 proceeding continued in this Court under Federal Court file number DES-1-10 leading to a public decision released in November 2010: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* 2010). A confidential order was also issued at that time with an attached Annex listing the redacted information for which protection claims were made and the Court's decisions in relation to each claim. Disclosure of certain of the withheld information was ordered in either full text or summary form.

[17] In DES-1-10, the respondents sought disclosure of certain human source information and the names of specified CSIS employees that were redacted in the documents under review or, in the alternative, consistent aliases for those employees. With respect to the employees, they cited in particular those whose names were known publicly because they identified themselves to the respondents by leaving business cards with their names, telephone numbers and other contact information as CSIS officers.

[18] In rendering judgment on the application in DES-1-10, I accepted that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them could be subject to public interest privilege and that the Court should be conscious of the effect that a decision to order disclosure of such information might have on the recruitment of human sources. I found that the privilege was not absolute, considering the case-by-case analysis called for by Justice Simon Noël in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370.

289 contenaient des informations sensibles ou potentiellement préjudiciables. Ce nombre a été plus tard ramené à 268 étant donné que le procureur général avait autorisé la divulgation d'autres informations. Un avis de demande a été déposé le 9 février 2010 conformément au paragraphe 38.04(1) de la LPC.

[16] La procédure initiale intentée en vertu de l'article 38 s'est poursuivie devant la Cour sous le dossier numéro DES-1-10 et a abouti à une décision rendue publiquement en novembre 2010 : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* 2010). Une ordonnance confidentielle comportant en annexe une liste des informations caviardées ayant fait l'objet de demandes de protection ainsi que les décisions rendues par la Cour relativement à chaque demande a également été rendue à ce moment-là. L'ordonnance autorisait la divulgation intégrale ou sous forme de résumé de certaines informations dont la divulgation avait été refusée.

[17] Dans le dossier DES-1-10, les défendeurs ont demandé la divulgation de certaines informations de sources humaines et des noms de certains employés du SCRS qui avaient été caviardés dans les documents visés dans le contexte de cette instance ou, à titre subsidiaire, la divulgation des pseudonymes correspondant à ces employés. En ce qui concerne les employés, ils ont cité en particulier ceux dont les noms étaient connus publiquement parce qu'ils s'étaient présentés aux défendeurs comme des agents du SCRS et avaient laissé leurs cartes professionnelles sur lesquelles figuraient leurs noms, leurs numéros de téléphone ainsi que d'autres coordonnées.

[18] En rendant le jugement sur la demande présentée dans le dossier DES-1-10, j'ai accepté que l'identité des sources humaines secrètes et les informations fournies par ces sources qui tendraient à les identifier puissent faire l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public et que la Cour doit être consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de telles informations peut avoir sur le recrutement de sources humaines. J'ai conclu que le privilège n'était pas absolu, compte tenu de l'analyse cas par cas que recommande le juge Simon Noël dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

[19] In that decision, Justice Noël applied the four fundamental conditions for extending or recognizing a common-law privilege set out in *Evidence in Trials at Common Law* [John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961] [at paragraph 20]:

- (1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.
- (2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.
- (3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.
- (4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of the litigation.

[20] Justice Noël concluded, at paragraph 31, that the relationship between the Service and a covert human intelligence source in that particular case met the conditions for establishing the privilege and that the identity of the source should be protected.

[21] At paragraphs 169 and 170 of *Almalki* 2010, I stated the following:

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.

[19] Dans la décision précitée, le juge Noël a appliqué les quatre conditions fondamentales énoncées dans l'ouvrage intitulé *Evidence in Trials at Common Law* [John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961] pour qu'un privilège de common law puisse être étendu ou reconnu [au paragraphe 20] :

[TRADUCTION]

- 1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.
- 2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel complet et satisfaisant entre les parties.
- 3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.
- 4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision.

[20] Le juge Noël a conclu, au paragraphe 31, que, dans l'affaire en cause, les relations entre le Service et une source humaine clandestine de renseignement remplitaient les conditions exigées pour l'application du privilège et que l'identité de la source devrait être protégée.

[21] Aux paragraphes 169 et 170 de la décision *Almalki* 2010, j'ai formulé les observations suivantes :

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

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.

[22] This discussion was based in part on the Court's understanding of the very broad definition of "human source" employed by the Service which encompassed anyone who provided information to CSIS or otherwise facilitated its operational activities. The Service drew distinctions in its management of human sources through internal policies and procedures.

[23] The order issued in *Almalki* 2010 did not authorize the disclosure of the names of CSIS employees nor the identities of human sources but did authorize the release of information in some documents from which the Attorney General argued the identity of a human source could be inferred. I was not persuaded that disclosure of the information would reveal the identity of the source. The Attorney General appealed the order in relation to that information and information in a number of documents respecting information received from foreign agencies.

[24] The Federal Court of Appeal issued its decision in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* F.C.A. 2011). This Court's treatment of the privilege issue was upheld, at paragraphs 29 and 30, but its application to the documents in question was reversed. A motion for

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.

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.

[22] Cette analyse était en partie fondée sur la compréhension que la Cour avait de la définition très large de l'expression « source humaine » employée par le Service, qui comprenait toute personne qui fournissait informations au SCRS ou qui facilitait autrement ses activités opérationnelles. Le Service a développé des procédures et politiques internes dans sa gestion des sources humaines qui énoncent des distinctions sur le sujet.

[23] L'ordonnance rendue dans la décision *Almalki* 2010 n'a pas autorisé la divulgation des noms d'employés du SCRS ni l'identité de sources humaines mais a autorisé la communication des informations figurant dans quelques documents qui, selon les prétentions du procureur général, pouvaient permettre, de découvrir l'identité de la source humaine. Je n'étais pas convaincu que la communication des informations pouvait permettre de découvrir l'identité d'une source. Le procureur général a interjeté appel à l'encontre de l'ordonnance relative à ces informations et à des informations reçus d'organismes étrangers figurant dans les documents contestés.

[24] La Cour d'appel fédérale a rendu sa décision dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* C.A.F. 2011). L'interprétation de la Cour de première instance, en ce qui concerne le privilège, a été maintenue, tel qu'en fait foi les paragraphes 29 et 30, mais la décision quant à

reconsideration was dismissed by the [Federal] Court of Appeal on October 13, 2011 and an application for leave to appeal was dismissed by the Supreme Court of Canada on January 19, 2012 [[2012] 1 S.C.R. v].

[25] No information that would identify covert human sources or the names of CSIS employees was disclosed to the respondents as a result of the orders issued by this Court in *Almalki* 2010 and by the Federal Court of Appeal in *Almalki* F.C.A. 2011.

[26] The current review of the claims in relation to the redacted information was initiated by order of this Court on September 19, 2011. In that order, the Court appointed the same two security-cleared members of the private bar who had served as *amici curiae* in DES-1-10, Messrs. Bernard Grenier and François Dadour of Montréal. Mr. Grenier resigned the appointment in 2014 and was replaced by Mr. John Norris of Toronto.

[27] It is worth noting that the collection of documents in DES-1-10 was limited to a specific group identified by the respondents based on their review of the Iacobucci Report and, initially at least, was for the purpose of facilitating the mediations between the parties that were ultimately suspended. The collection of documents in DES-1-11 is much broader and encompasses all of the material within the possession of the Government of Canada that is considered by the Attorney General to be relevant to the underlying civil actions. This stems from the Attorney General's obligation to produce documents to the respondent plaintiffs in the pre-trial discovery process. Consequently, the information contained in the documents under review in the present proceeding is much more comprehensive in relation to the facts alleged in the pleadings.

[28] The respondents submit that they have been unable to discern from the public reasons for decision of both courts in DES-1-10 the basis upon which their requests for disclosure were not given effect. They contend that the names of at least six CSIS employees are known to them because they had interactions with

l'application du privilège aux documents visés a été infirmée. Une requête en réexamen a été rejetée par la Cour d'appel fédérale le 13 octobre 2011 et une demande d'autorisation de pourvoi a été refusée par la Cour suprême du Canada le 19 janvier 2012 [[2012] 2 R.C.S. v].

[25] Aucune information pouvant permettre d'identifier des sources humaines secrètes ou de connaître les noms des employés du SCRS n'a été communiqué aux défendeurs par suite des ordonnances rendues par la Cour dans la décision *Almalki* 2010 et par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011.

[26] Le présent examen des demandes concernant les informations caviardées a été ordonné par la Cour le 19 septembre 2011. Dans son ordonnance, la Cour a nommé les deux mêmes avocats de cabinets privés ayant obtenu une attestation de sécurité qui avaient agi en qualité d'*amici curiae* dans le dossier DES-1-10, à savoir M<sup>e</sup> Bernard Grenier et M<sup>e</sup> François Dadour de Montréal. M<sup>e</sup> Grenier s'est désisté en 2014 et a été remplacé par M<sup>e</sup> John Norris, de Toronto.

[27] Je tiens à souligner que la série de documents figurant dans le dossier DES-1-10 se limitait à un groupe précis identifié par les défendeurs après avoir examiné le rapport Iacobucci et qu'elle ne visait, au départ, tout au moins, qu'à faciliter les séances de médiation entre les parties, qui ont finalement été suspendues. La série de documents versés dans le dossier DES-1-11 est beaucoup plus générale et comprend tous les documents en possession du gouvernement du Canada que le procureur général estime pertinents quant aux actions civiles sous-jacentes. Cela découle de l'obligation du procureur général de communiquer des documents aux demandeurs-intimés à l'étape de l'enquête préalable à l'instance. Par conséquent, les informations figurant dans les documents en cause en l'espèce sont plus complètes que ce qui est allégué dans les actes de procédure.

[28] Les défendeurs prétendent qu'ils n'ont pas pu discerné dans les motifs publics rendus par les deux cours dans le dossier DES-1-10, les raisons pour lesquelles leurs demandes de divulgation n'ont pas été accueillies. Ils soutiennent qu'ils connaissent les noms d'au moins six employés du SCRS parce qu'ils ont eu

those employees, and further, that those names are in the public domain (on social media and in a book published about their experiences). At the relevant time, the CSIS policy for the conduct of interviews generally required members to identify themselves as employees of the Service.

[29] The respondents note that those employees may or may not be among the Attorney General's list of 10 proposed but unnamed CSIS witnesses offered in the synopses of testimony to be led at trial.

[30] The six publicly named persons said to be CSIS employees had been added to the list of defendants in the civil actions before the Ontario Superior Court. Those names have now been withdrawn as a result of undertakings by the Attorney General that the named persons would be produced for pre-trial examination during the discovery process. Should liability ultimately be found at trial for any of their acts or omissions respecting the respondents, liability would attach to the federal Crown vicariously.

[31] In their written and oral submissions in these proceedings, the respondents have maintained their request for disclosure of the redacted names of any CSIS employees that may appear in the collected documents or, in the alternative, consistent aliases so that they may be able to understand which anonymous employees played a significant role in the documented events.

[32] The Attorney General has consistently taken the position, on behalf of the Service, that the identification of CSIS employees—particularly those who engage in covert activities—would impair the Service's ability to investigate threats to the security of Canada. He has also argued that identifying Service personnel could endanger their personal safety or that of their families. The Attorney General contends that this information falls within a category that the Court has consistently

des interactions avec ceux-ci et, en outre, parce que leurs noms sont dans le domaine public (ils sont mentionnés dans les médias sociaux et dans un livre publié au sujet des expériences qu'ils ont vécues). À l'époque pertinente, la politique du Service pour la conduite d'entrevues requérait, de façon générale, que les agents du Service s'identifient comme employés du Service.

[29] Les défendeurs soulignent que les employés en question peuvent ou non figurer sur la liste des 10 témoins du SCRS non désignés nommément proposés par le procureur général, qui est mentionnée dans les résumés des témoignages qui doivent être présentés à l'audience.

[30] Les noms des six personnes qui s'étaient présentées comme étant des employés du SCRS avaient été ajoutés à la liste des défendeurs dans les actions civiles intentées devant la Cour supérieure de l'Ontario. Ces noms ont maintenant été retirés en raison des engagements pris par le procureur général selon lequel ces personnes désignées nommément se présenteraient à l'interrogatoire préalable au cours de l'enquête préalable. Si la cour devait finalement conclure à leur responsabilité quant à tout acte ou toute omission à l'égard des défendeurs, la responsabilité de la Couronne fédérale se trouverait engagée.

[31] Dans leurs observations écrites et orales présentées en l'espèce, les défendeurs ont maintenu leur demande de communication des noms caviardés d'employés du SCRS qui pourraient figurer dans la série de documents ou, à titre subsidiaire, des pseudonymes correspondant à ces employés de telle sorte qu'ils puissent comprendre quels employés anonymes ont joué un rôle important dans les faits qui sont relatés dans ces documents.

[32] Le procureur général a constamment fait valoir, pour le compte du Service, que l'identification des employés du SCRS, en particulier ceux qui ont pris part à des activités clandestines, réduirait la capacité du Service de faire enquête sur les menaces à la sécurité du Canada. En outre, il a soutenu que l'identification des employés du Service pourrait mettre en danger leur sécurité personnelle ou celle de leurs familles. Le procureur général affirme que les informations en question

protected in applying the test established in *Ribic*, above. See for example *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, at paragraph 46.

[33] With respect to the issue of human sources, in *Almalki* 2010, at paragraphs 168–170, I accepted as a general proposition that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them would be subject to public interest privilege and that an order to disclose such information would have an adverse effect on the ability of CSIS to recruit such sources. I did not accept that the privilege should apply in every instance to persons who provide information to CSIS and found that the public interest in disclosure may, in some instances, outweigh that of non-disclosure.

[34] The [Federal] Court of Appeal agreed that there was no class privilege for information obtained from CSIS human sources: *Almalki* F.C.A. 2011, at paragraph 34. It maintained that position in *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, at paragraph 93, in the context of a security certificate proceeding. That aspect of the decision was upheld by the Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat* S.C.C.), at paragraph 85.

[35] In *Harkat* S.C.C., the majority of the Supreme Court agreed with the Federal Court of Appeal that the common-law police informer privilege did not attach to CSIS human sources. Among other reasons cited, the majority noted that police have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary because doing so can make it harder to use an informer as a witness. CSIS was not so constrained in collecting intelligence. The majority observed, at paragraph 87, that it was open to Parliament to create a new class privilege should it deem it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged.

appartiennent à une catégorie que la Cour a uniformément protégée par application du critère énoncé dans l'arrêt *Ribic*, précité. Voir par exemple, la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, au paragraphe 46.

[33] En ce qui concerne la question des sources humaines, dans la décision *Almalki* 2010, aux paragraphes 168 à 170, j'ai accepté la proposition de principe général voulant que l'identité des sources humaines clandestines et des informations qui permettrait de découvrir ou confirmer cette identité fassent l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public et qu'une décision d'ordonner la divulgation de ces informations nuirait à la capacité du SCRS de recruter de telles sources. Je ne suis cependant pas allé jusqu'à dire que le privilège devrait s'appliquer à chaque cas invoqué de personnes qui fournissent les informations au SCRS, et j'ai conclu que l'intérêt public à la divulgation des informations peut, dans certains cas, l'emporter sur l'intérêt public à leur non-divulgation.

[34] La Cour d'appel [fédérale] a convenu qu'il n'y avait pas de privilège générique en ce qui concerne les informations obtenues des sources humaines du SCRS : *Almalki* C.A.F. 2011, au paragraphe 34. Elle a maintenu cette position dans l'arrêt *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, au paragraphe 93, dans le contexte d'une instance relative à un certificat de sécurité. Cet aspect de la décision a été confirmé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat* C.S.C.), au paragraphe 85.

[35] Dans l'arrêt *Harkat* C.S.C., les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont souscrit aux observations de la Cour fédérale selon lesquelles les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par le privilège de common law relatif aux indicateurs de police. Parmi les autres raisons citées, les juges majoritaires ont souligné que les policiers ont intérêt à ne pas promettre l'anonymat à un indicateur, sauf en cas de réelle nécessité, parce que s'ils le font, il sera plus difficile d'avoir recours à lui comme témoin. Le SCRS ne faisait pas face à une telle contrainte pour recueillir les informations de sécurité. Les juges majoritaires ont fait observer, au paragraphe 87, que si le législateur juge souhaitable de

[36] During the course of the current section 38 proceedings in DES-1-11, Bill C-44 was introduced and enacted by Parliament. In light of representations made by the parties and *amici*, I considered that the interpretation and application of subsection 18(1) and section 18.1 of the CSIS Act must be determined in order to complete my review. As such, I requested that the *amici* and the Attorney General make submissions on this issue, and *ex parte* oral arguments were heard *in camera* at the Court's secure facilities on September 1, 2015. Written submissions filed by the *amici* and the Attorney General were made public and available to the respondents. Written submissions were also received from the respondents. Counsel for the Attorney General submitted a public reply and additional brief classified *ex parte* representations.

### III. LEGAL FRAMEWORK

[37] When legislation is amended or replaced, provisions are often included to deal with the transition from the old law to the new law. Bill C-44 does not contain any such transitional provisions which would govern the coming into operation and effect of the amendments related to the CSIS Act. In the absence of such provisions and in conformity with subsection 5(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, the date of commencement of the amendments is the day the Bill received Royal Assent, April 23, 2015.

[38] Prior to the amendments, section 18 read as follows:

#### Offence to disclose identity

**18 (1)** Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the

protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les informations connexes, il peut adopter les mesures de protection voulues.

[36] Au cours du déroulement de la procédure intentée en vertu de l'article 38 dans le dossier DES-1-11, le projet de loi C-44 a été présenté au Parlement et adopté par celui-ci. Compte tenu des observations présentées par les parties et les *amici curiae*, j'ai estimé qu'il était nécessaire d'interpréter et de déterminer l'application du paragraphe 18(1) et de l'article 18.1 afin de terminer mon examen. Par conséquent, j'ai demandé aux *amici curiae* et au procureur général de formuler des observations sur la question, et des audiences *ex parte* visant à entendre les arguments oraux ont été tenues à huis clos dans les locaux sécurisés de la Cour le 1<sup>er</sup> septembre 2015. Les observations écrites présentées par les *amici curiae* et le procureur général du Canada ont été rendues publiques et mises à la disposition des défenseurs. Des observations écrites ont également été reçues des défenseurs. Les avocats du procureur général ont présenté une réponse publique et de brèves observations additionnelles confidentielles formulées *ex parte*.

### III. CADRE JURIDIQUE

[37] Lorsqu'une loi est modifiée ou remplacée, des dispositions sont souvent insérées dans la nouvelle loi afin d'assurer la transition entre l'ancienne loi et la nouvelle loi. Le projet de loi C-44 ne comporte aucune disposition transitoire qui régit l'entrée en vigueur et l'application des modifications concernant la Loi sur le SCRS. En l'absence de telles dispositions et conformément au paragraphe 5(2) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, le projet de loi est entré en vigueur le jour où il a reçu la sanction royale, à savoir le 23 avril 2015.

[38] Avant les modifications, l'article 18 était ainsi libellé :

#### Infraction

**18 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa

participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of

- (a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or
- (b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service can be inferred.

#### Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

#### Offence

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

- (a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
- (b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

[39] Section 19 of the CSIS Act, which was not amended by Bill C-44, authorizes the disclosure of information obtained in the performance of the duties and functions of the Service in the circumstances described in paragraphs 19(2)(a) to (d):

#### Authorized disclosure of information

**19 (1)** Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

#### Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :

- a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;
- b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

#### Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

#### Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

- a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
- b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

[39] L'article 19 de la Loi sur le SCRS, qui n'a pas été modifié par le projet de loi C-44, autorise la communication des informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées dans les circonstances décrites aux alinéas 19(2)a) à d). Cette disposition est libellée de la manière suivante :

#### Autorisation de communication

**19 (1)** Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

#### Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1).

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

#### Report to Review Committee

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)(d) is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

[40] In *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 28, the Federal Court of Appeal observed that section 18 created an offence for a person to disclose the information mentioned therein, unless he or she was authorized to do so by subsection 18(2) and section 19. The [Federal] Court of Appeal further stated that section 18:

... does not create an absolute prohibition against disclosure as the informer class privilege does. Indeed, subsection 18(2) allows a person to disclose the information “as required by any other law”. This is compatible with section 38 of the Act which allows for disclosure pursuant to an order issued by a designated judge in the exercise of the discretion conferred by that section.

Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

#### Rapport au comité de surveillance

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)d), le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

[40] Dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 28, la Cour d'appel fédérale a fait observer que, suivant l'article 18, la divulgation des informations par une personne visés par cette disposition constitue une infraction à moins qu'elle ne soit autorisée conformément au paragraphe 18(2) et à l'article 19. La Cour d'appel fédérale a en outre fait remarquer que l'article 18 :

[...] n'institue pas une interdiction absolue de divulguer comme le fait le privilège relatif aux indicateurs de police. En effet, le paragraphe 18(2) permet la divulgation des renseignements « si une autre règle de droit l'exige ». Cela est compatible avec l'article 38 de la Loi, qui autorise la divulgation en exécution de l'ordonnance d'un juge désigné rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article.

[41] With the enactment of Bill C-44, section 19 remains unchanged. Section 18 was amended as follows:

**Offence to disclose identity**

**18 (1)** Subject to subsection (2), no person shall knowingly disclose any information that they obtained or to which they had access in the course of the performance of their duties and functions under this Act or their participation in the administration or enforcement of this Act and from which could be inferred the identity of an employee who was, is or is likely to become engaged in covert operational activities of the Service or the identity of a person who was an employee engaged in such activities.

**Exceptions**

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).

**Offence**

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction

[42] Bill C-44 thus maintained the offence of disclosing information about a CSIS employee in subsection 18(1), with changes. It removed the offence of disclosing information about a CSIS source and amended the English version to include the requirement that the offence be committed knowingly, presumably to reflect the constitutional requirement of *mens rea* for criminal offences, and clarified that the offence related to information from which the identity of an employee who was, is or is likely to become engaged in Service covert operational activities could be inferred or the identity of a person who was a Service employee engaged in such activities. The French version was also amended in similar terms. Both versions now more clearly provide

[41] Avec l'adoption du projet de loi C-44, l'article 19 n'a pas changé alors que l'article 18 a été modifié de la manière suivante :

**Infraction — communication de l'identité**

**18 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut sciemment communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité d'un employé qui a participé, participe ou pourrait vraisemblablement participer à des activités opérationnelles cachées du Service ou l'identité d'une personne qui était un employé et a participé à de telles activités.

**Exceptions**

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).

**Infraction**

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

[42] Ainsi, le projet de loi C-44 a maintenu l'infraction relative à la divulgation des informations concernant un employé du SCRS prévue au paragraphe 18(1), mais a apporté des modifications. Il a supprimé l'infraction relative à la communication des informations concernant une source du SCRS et a modifié la version anglaise pour inclure l'exigence selon laquelle l'infraction doit être commise sciemment (*knowingly*), sans doute pour tenir compte de l'exigence constitutionnelle de la *mens rea* pour les infractions criminelles, et a précisé, dans les versions anglaises et françaises, l'infraction se rapportant aux informations qui permettraient de découvrir l'identité d'un employé qui a participé, participe ou pourrait vraisemblablement participer à des activités

that the scope of the offence is limited to persons employed by CSIS or otherwise associated with the enforcement of the CSIS Act. The section no longer prohibits the disclosure of the identity of a confidential source of information or assistance to the Service.

[43] At the same time, a new section 18.1 was created by Bill C-44. In the words of the Bill's sponsor, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the purpose of this amendment is to "give greater protection to the Canadian Security Intelligence Service's human sources": Bill C-44, summary.

[44] The new section 18.1 reads as follows:

**Purpose of section — human sources**

**18.1 (1)** The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

**Prohibition on disclosure**

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

**Exception — consent**

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

**Application to judge**

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

opérationnelles cachées du Service ou l'identité d'une personne qui était un employé du Service et a participé à de telles activités. Les deux versions prévoient maintenant de manière plus claire que la portée de l'infraction est limitée aux personnes employées par le SCRS ou qui sont autrement associées à l'application de la Loi sur le SCRS. La disposition n'interdit plus la divulgation de l'identité d'une source des informations confidentielles ou d'une aide à titre confidentielle.

[43] Parallèlement, le projet de loi C-44 a créé le nouvel article 18.1. Pour reprendre les termes de l'auteur du projet de loi, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, la modification vise à « accroître la protection des sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité » : projet de loi C-44, sommaire.

[44] Le nouvel article 18.1 est ainsi libellé :

**Objet de l'article — sources humaines**

**18.1 (1)** Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

**Interdiction de communication**

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

**Exception — consentement**

(3) L'identité d'une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

**Demande à un juge**

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

#### Contents and service of application

(5) The application and the applicant's affidavit deposing to the facts relied on in support of the application shall be filed in the Registry of the Federal Court. The applicant shall, without delay after the application and affidavit are filed, serve a copy of them on the Attorney General of Canada.

#### Attorney General of Canada

(6) Once served, the Attorney General of Canada is deemed to be a party to the application.

#### Hearing

(7) The hearing of the application shall be held in private and in the absence of the applicant and their counsel, unless the judge orders otherwise.

#### Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

#### Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

#### Confidentiality

(10) The judge shall ensure the confidentiality of the following:

(a) the identity of any human source and any information from which the identity of a human source could be inferred; and

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

#### Contenu et signification de la demande

(5) La demande et l'affidavit du demandeur portant sur les faits sur lesquels il fonde celle-ci sont déposés au greffe de la Cour fédérale. Sans délai après le dépôt, le demandeur signifie copie de la demande et de l'affidavit au procureur général du Canada

#### Procureur général du Canada

(6) Le procureur général du Canada est réputé être partie à la demande dès que celle-ci lui est signifiée.

#### Audition

(7) La demande est entendue à huis clos et en l'absence du demandeur et de son avocat, sauf si le juge en ordonne autrement.

#### Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

#### Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

#### Confidentialité

(10) Il incombe au juge de garantir la confidentialité :

a) d'une part, de l'identité de toute source humaine ainsi que de toute information qui permettrait de découvrir cette identité;

(b) information and other evidence provided in respect of the application if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

**Confidentiality on appeal**

(11) In the case of an appeal, subsection (10) applies, with any necessary modifications, to the court to which the appeal is taken.

[45] "Human source" is defined in section 2 of the CSIS Act as follows:

**Definitions**

2 ...

*human source* means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service.

b) d'autre part, des informations et autres éléments de preuve qui lui sont fournis dans le cadre de la demande et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

**Confidentialité en appel**

(11) En cas d'appel, le paragraphe (10) s'applique, avec les adaptations nécessaires, aux tribunaux d'appel.

[45] L'expression « source humaine » est définie à l'article 2 de la Loi sur le SCRS de la manière suivante :

**Définitions**

2 [...]

*source humaine* Personne physique qui a reçu une promesse d'anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournir ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service.

IV. THE ISSUES TO BE DETERMINED

[46] The issues to be determined are as follows:

- (1) Does subsection 18(1) of the CSIS Act prohibit the disclosure of CSIS employees' identities under section 38 of the CEA?
- (2) Does the statutory human source privilege established through the enactment of section 18.1 of the CSIS Act apply to the information at issue in these proceedings?

V. DISCUSSION

A. *Interpretation and application of subsection 18(1)*

[47] The parties are generally in agreement on this issue. The Attorney General acknowledges that subsection 18(1) does not bind the Court so as to preclude the disclosure of the names of Service employees under section 38 should the Court find that it is necessary to do so in the public interest. Subsection 18(1) applies only to CSIS employees or others involved "in the

IV. LES QUESTIONS À TRANCHER

[46] Les questions à trancher sont les suivantes :

- 1) Le paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS interdit-il la divulgation de l'identité des employés du SCRS fondée sur l'article 38 de la LPC?
- 2) Le privilège relatif aux sources humaines créé par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique-t-il aux informations en cause en l'espèce?

V. ANALYSE

A. *Interprétation et application du paragraphe 18(1)*

[47] Les parties s'entendent généralement sur la question susmentionnée. Le procureur général reconnaît que le paragraphe 18(1) ne lie pas la Cour de manière à empêcher la divulgation des noms d'employés du Service fondée sur l'article 38 de la LPC si la Cour estime qu'il est nécessaire de le faire pour des raisons d'intérêt public. Le paragraphe 18(1) ne s'applique

administration or enforcement” of the CSIS Act, not to the courts or other sources of official disclosure acting under other lawful authority such as section 38.

[48] The parties differ over what weight, if any, the enactment of subsection 18(1) should be given under the *Ribic* test. The Attorney General asks the Court to recognize that subsection 18(1) is a strong expression of Parliament’s intent to protect the names of CSIS employees, and that this should weigh heavily in the Court’s analysis at the balancing stage of the *Ribic* test. The respondents contend that it is incorrect to assert that disclosure of the identities of *all* CSIS employees would be potentially injurious.

[49] The application of the previous version of section 18 to the public identification of a CSIS employee was raised in *Jaballah (Re)*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43. In that matter, the ministers of Citizenship and Immigration and Public Safety and Emergency Preparedness requested that a Service witness be permitted to testify in public identified only by their first name for “operational security reasons”. At the outset of her public reasons, Justice Eleanor Dawson noted that this would be an exception to the open court principle, referring to *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, at paragraph 81.

[50] Counsel for Mr. Jaballah objected on the ground that the witness should be identified by their full name and position unless there was a compelling reason to deprive the public of this knowledge. The ministers based their request that the identity of the service witness not be disclosed in public upon subsection 18(1) of the CSIS Act and paragraph 83(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. However, they did not make detailed submissions with respect to subsection 18(1) of the CSIS Act and, therefore, Justice Dawson did not comment extensively on its application in her public reasons. I have had the benefit of reading her closed reasons for decision.

qu’aux employés du SCRS ou à d’autres qui participent « à l’exécution ou au contrôle d’application » de la Loi sur le SCRS, non aux tribunaux ou aux autres sources de divulgation officielles en vertu d’un pouvoir prévu par la loi, tel que l’article 38 de la LPC.

[48] Les parties ne s’entendent pas sur le poids, le cas échéant, qu’il faudrait accorder au paragraphe 18(1) selon les critères de la décision *Ribic*. Le procureur général demande à la Cour de reconnaître que le paragraphe 18(1) est une expression très concrète de l’intention du législateur de protéger les noms des employés du SCRS, et que la Cour devrait accorder un poids considérable à cet élément dans son analyse à l’étape de la mise en balance des critères de la décision *Ribic*. Les défendeurs font valoir que c’est une erreur d’affirmer que la divulgation de l’identité de tous les employés du SCRS est potentiellement préjudiciable.

[49] L’application de la version antérieure de l’article 18 à l’identification publique d’un employé du SCRS a été soulevée dans la décision *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279. Dans cette affaire, le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ont demandé que l’agent du Service cité comme témoin soit autorisé à témoigner publiquement en utilisant seulement son prénom pour des « raisons de sécurité opérationnelle ». Au début de ses motifs publics, la juge Eleanor Dawson a tenu à souligner que la situation constituait une exception au principe de la publicité des débats judiciaires, et a cité l’arrêt *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253, au paragraphe 81.

[50] L’avocat de M. Jaballah s’est opposé à l’exception susmentionnée en raison du fait que le témoin doit donner son nom au complet et son titre d’emploi, sauf s’il y a des raisons impératives d’empêcher le public de savoir qui rend le témoignage. À l’appui de leur demande de non-divulgation au public de l’identité du témoin du Service, les ministres ont invoqué le paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS et l’alinéa 83(1)d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Toutefois, ils n’ont pas présenté d’observations détaillées en ce qui a trait au paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS et, par conséquent, la juge Dawson n’a pas formulé d’observations détaillées dans ses motifs publics

[51] In that case, the most significant concern about protecting the identity of the witness stemmed from the fact that their identity had previously been disclosed to Mr. Jaballah. As Justice Dawson noted, at paragraph 21 of her public reasons, “[o]ne cannot protect information as being confidential if the information has lost the necessary quality of confidentiality.” Having heard evidence *in camera*, however, Justice Dawson was satisfied that Mr. Jaballah was unable to identify the officer other than by their first name and that their full name was not otherwise public. As such, the officer’s identity retained the necessary quality of confidentiality such that it was appropriate to protect it.

[52] As a matter of general principle, Justice Dawson was satisfied that Canada’s national security does require that CSIS officers who engage, or will engage, in operational activities not be hindered or prevented from continuing such activities, or be put at risk, by the disclosure of their identities in court proceedings.

[53] At this time I do not need to determine the likelihood of any injury that may result from the release of CSIS employee identities or whether the public interest in disclosure of that information outweighs the public interest in non-disclosure. I have heard evidence and submissions on these questions and, as noted above, the determination of whether injury will result and the balancing of the competing public interests will be made in my overall review of the disputed information.

[54] The scope of the offence in subsection 18(1), as it read prior to the enactment of Bill C-44 and as it reads now in the amended Act, is limited by the exception set out in subsection 18(2) and the disclosures authorized under section 19. Accordingly, information relating to CSIS employees engaged in covert activities may be disclosed for the purposes of the performance of duties and functions under any other act of Parliament or as required by any other law. This includes disclosure mandated by a designated judge of this Court who is

sur l’application de cette disposition. J’ai eu l’avantage de lire les motifs confidentiels de son jugement.

[51] Dans l’affaire susmentionnée, la plus grande préoccupation concernant la protection de l’identité du témoin découlait du fait que l’identité de ce dernier avait déjà été divulguée à M. Jaballah. Comme l’a souligné la juge Dawson au paragraphe 21 de ses motifs publics « [o]n ne peut pas garantir la confidentialité de renseignements si ceux-ci ont perdu leur caractère confidentiel nécessaire ». Toutefois, comme elle avait tenu l’audience à huis clos, la juge Dawson était convaincue que M. Jaballah ne pouvait pas identifier l’agent autrement que par son prénom et que son nom au complet n’avait pas été par ailleurs rendu public. Par conséquent, l’identité de l’agent avait conservé son caractère confidentiel nécessaire de telle sorte qu’il convenait de la protéger.

[52] À titre de principe général, pour assurer la sécurité nationale du Canada, la juge Dawson était convaincue qu’il convenait que les agents du SCRS, qui sont ou seront occupés à des activités opérationnelles, ne soient pas gênés dans la poursuite de leurs activités, ou exposés à un risque, du fait que leur identité a été divulguée dans le cadre d’une instance.

[53] Il n’est pas nécessaire à ce stade-ci que j’établisse la probabilité qu’un préjudice découle de la divulgation de l’identité d’employés du SCRS ou que j’examine la question de savoir si l’intérêt public à la divulgation des informations l’emporte sur l’intérêt public à leur non-divulgation. J’ai entendu les témoignages et les observations sur ces questions et, comme je l’ai déjà mentionné, les questions de préjudice et de mise en balance des intérêts publics divergents seront analysées dans l’examen global que je ferai des informations en cause.

[54] La portée de l’infraction prévue au paragraphe 18(1), telle que la disposition était libellée avant l’adoption du projet de loi C-44 et telle qu’elle est actuellement libellée dans la Loi révisée, est limitée par l’exception énoncée au paragraphe 18(2) et les autorisations de communication prévues à l’article 19. Par conséquent, les informations concernant des employés du SCRS qui participent à des activités clandestines peuvent être divulguées dans l’exercice des fonctions qui leur sont conférées en vertu de toute autre loi fédérale ou en

discharging his or her duties under section 38 of the CEA. This is consistent with the statement by the Federal Court of Appeal in *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 28, that section 18 as it read prior to the recent amendments did not limit the application of any other Act of Parliament.

[55] On this understanding of the law, this Court will consider the application of the *Ribic* principles to any redacted information that may include the names of CSIS employees or any other information from which their identities may be inferred. In considering whether injury would result to a protected national interest, the Court will carefully consider the Attorney General's submissions about the risks of harm to the Service's operational effectiveness and to the individuals concerned and their families. These will also be factors to consider when determining whether the public interest in disclosure of the information outweighs that in its non-disclosure.

#### B. *Interpretation and application of section 18.1*

[56] Before discussing the submissions of the parties, it may be helpful to begin with some fundamental principles of statutory interpretation, specifically two common law principles governing the temporal application of legislation.

[57] First, as Professor Ruth Sullivan explains in *Statutory Interpretation*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007), at page 248, it is strongly presumed that the legislature does not intend its laws to apply either retroactively or retrospectively. This rule is "rooted in common-law values, primarily rule of law, fairness, and the protection of private property": Sullivan, at page 254. Despite their importance, these presumptions may be rebutted by express statutory language or by necessary implication: Sullivan, at page 260.

conformité avec les exigences d'une autre règle de droit. Cela comprend les divulgations ordonnées par un juge désigné de la Cour qui exerce ses fonctions en application de l'article 38 de la LPC. Cela est conforme aux observations formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 28, selon lesquelles l'article 18, dans sa version antérieure à la récente modification n'a pas pour effet de limiter l'application d'une autre loi fédérale.

[55] Selon cette interprétation de la loi, la Cour examinera l'application des principes énoncés dans la décision *Ribic* à toutes les informations caviardées qui pourraient comporter les noms d'employés du SCRS ou toutes les informations qui permettraient de découvrir leur identité. Pour analyser la question de savoir si un préjudice serait causé à un intérêt national protégé, la Cour examinera minutieusement les observations formulées par le procureur général au sujet des risques de préjudice quant à l'efficacité opérationnelle du Service et quant aux personnes concernées et leurs familles. Ces facteurs seront pris en compte pour décider si l'intérêt public à la divulgation des informations l'emporte sur l'intérêt public à leur non-divulgation.

#### B. *Interprétation et application de l'article 18.1*

[56] Avant d'analyser les observations des parties, il est peut-être utile de commencer par énoncer certains principes fondamentaux de l'interprétation législative, en particulier deux principes de common law qui régissent l'application de la loi dans le temps.

[57] Premièrement, comme l'explique la professeure Ruth Sullivan dans son ouvrage intitulé *Statutory Interpretation*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2007), à la page 248, il existe une forte présomption selon laquelle l'intention du législateur n'est pas de rendre les lois rétroactives ni rétrospectives. Cette règle trouve [TRADUCTION] « sa source dans les valeurs de la common law, principalement dans le principe de la primauté du droit, l'équité et la protection de la propriété privée » : Sullivan, à la page 254. Malgré leur importance, ces présomptions peuvent être réfutées par une disposition législative expresse ou par déduction nécessaire : Sullivan, à la page 260.

[58] The distinction between retrospective and retroactive application can be difficult to ascertain. In *Buskirk v. Canada (Solicitor General)*, 2012 FC 1463, [2014] 2 F.C.R. 317, at paragraph 59, Justice Michel Shore explained:

While legislation of retroactive application operates to “change the past legal effect of a past situation” and legislation of retrospective application operates to “change the future legal effect of a past situation”, legislation of immediate application operates to “change the future legal effect of an on-going situation” (Professor Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008), at page 669). [Emphasis added by Shore J.]

[59] Second, it is well established at common law that if a legislative provision is purely procedural it is presumed to have immediate effect, including with respect to ongoing litigation. The Supreme Court of Canada was clear on this point in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Application Under s. 83.28*) [at paragraphs 62 and 63]:

At common law, procedural legislation presumptively applies immediately and generally to both pending and future acts. As Sullivan, *supra*, discusses at p. 582, the presumption of immediate application has been characterized in a number of ways: that there is no vested right in procedure; that the effect of a procedural change is deemed beneficial for all; that procedural provisions are an exception to the presumption against retrospectivity; and that procedural provisions are ordinarily intended to have immediate effect. The rule has long been formulated in the following terms:

... where the enactment deals with procedure only, unless the contrary is expressed, the enactment applies to all actions, whether commenced before or after the passing of the Act.

(*Wright v. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, at p. 96; see also Sullivan, *supra*, at p. 582.)

This presumption will yield where the contrary intent of Parliament has been evinced: *R. v. Ali*, [1980] 1 S.C.R. 221, at p. 235.

[58] Il peut être difficile d'établir une distinction entre une application rétrospective et une application rétroactive. Dans la décision *Buskirk c. Canada (Solliciteur général)*, 2012 CF 1463, [2014] 2 R.C.F. 317, au paragraphe 59, le juge Michel Shore a donné les explications suivantes :

Une disposition législative d'application rétroactive a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique passé d'une situation passée » et une disposition législative d'application rétrospective a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique futur d'une situation passée », alors qu'une disposition législative d'application immédiate a pour effet de [TRADUCTION] « changer l'effet juridique futur d'une situation présente » (professeur Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2008), à la page 669). [Soulignement ajoutés par le juge Shore.]

[59] Deuxièmement, il est bien établi en common law qu'une disposition législative de nature purement procédurale est présumée s'appliquer immédiatement, y compris à l'égard de litiges en cours. La Cour suprême du Canada a été claire à ce sujet dans l'arrêt *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Demande fondée sur l'article 83.28*) [aux paragraphes 62 et 63] :

En common law, les mesures législatives procédurales sont présumées s'appliquer immédiatement et généralement aux actes pour lesquels leur auteur est en train de subir son procès et aux actes futurs. Comme l'indique Sullivan, *op.cit.*, p. 582, la présomption d'application immédiate a fait l'objet de nombreuses descriptions voulant notamment qu'il n'existe aucun droit acquis en matière de procédure, qu'une évolution procédurale soit réputée avantageuse pour tous, que les dispositions procédurales fassent exception à la présomption de non-rétrospectivité et que les dispositions procédurales doivent normalement prendre effet immédiatement. La règle a longtemps été formulée ainsi :

[TRADUCTION] ... lorsque le texte législatif ne touche qu'à la procédure, il s'applique, sauf indication contraire, à toutes les actions intentées avant ou après son adoption.

(*Wright c. Hale* (1860), 6 H. & N. 227, 158 E.R. 94, p. 96; voir aussi Sullivan, *op. cit.*, p. 582.)

Cette présomption cédera le pas à l'intention contraire exprimée par le législateur : *R. c. Ali*, [1980] 1 R.C.S. 221, p. 235.

[60] Rules of evidence are typically classified as procedural. However, in the same case, the Supreme Court of Canada noted that there are exceptions to this rule [at paragraph 57]:

Driedger and Sullivan generally describe procedural law as “law that governs the methods by which facts are proven and legal consequences are established in any type of proceedings”: Sullivan, *supra*, at p. 583. Within this rubric, rules of evidence are usually considered to be procedural, and thus to presumptively apply immediately to pending actions upon coming into force: *Howard Smith Paper Mills Ltd. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. However, where a rule of evidence either creates or impinges upon substantive or vested rights, its effects are not exclusively procedural and it will not have immediate effect: *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. Examples of such rules include solicitor-client privilege and legal presumptions arising out of particular facts.

[61] Thus, if a rule of evidence is not purely procedural but also affects substantive or vested rights it is presumed to apply prospectively—that is, only in cases commenced after the law is engaged. The Supreme Court of Canada clarified this point again in *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272 (*Dineley*) [at paragraphs 10 and 11]:

There are a number of rules of interpretation that can be helpful in identifying the situations to which new legislation applies. Because of the need for certainty as to the legal consequences that attach to past facts and conduct, courts have long recognized that the cases in which legislation has retrospective effect must be exceptional. More specifically, where legislative provisions affect either vested or substantive rights, retrospectivity has been found to be undesirable. New legislation that affects substantive rights will be presumed to have only prospective effect unless it is possible to discern a clear legislative intent that it is to apply retrospectively (*Angus v. Sun Alliance Insurance Co.*, [1988] 2 S.C.R. 256, at pp. 266-67; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 57; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 331-32). However, new procedural legislation designed to govern only the manner in which rights are asserted or enforced does not affect the substance of those rights. Such legislation is presumed to apply immediately to both pending and future cases (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, at paras. 57 and 62; *Wildman*, at p. 331).

[60] Les règles de preuve sont généralement qualifiées de procédurales. Toutefois, dans le même arrêt, la Cour suprême du Canada a fait observer qu’il existe des exceptions à cette règle [au paragraphe 57] :

Driedger et Sullivan qualifient généralement le droit procédural de [TRADUCTION] « droit régissant les moyens de prouver des faits et d’établir des conséquences juridiques dans tout genre d’instance » : Sullivan, *op. cit.*, p. 583. À ce chapitre, les règles de preuve sont habituellement considérées comme étant de nature procédurale et sont donc présumées s’appliquer aux actions en cours dès leur entrée en vigueur : *Howard Smith Paper Mills Ltd. c. The Queen*, [1957] R.C.S. 403. Toutefois, si une règle de preuve crée des droits substantiels ou acquis, ou empiète sur ces droits, elle n’a pas une incidence strictement procédurale et elle ne prend pas effet immédiatement : *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Parmi ces règles, il y a le privilège avocat-client et les présomptions légales émanant de faits particuliers.

[61] Ainsi, une règle de droit qui n’est pas de nature purement procédurale, mais qui porte atteinte à des droits acquis ou substantiels est présumée s’appliquer prospectivement, c’est-à-dire aux seules actions intentées après l’adoption de la loi. La Cour suprême du Canada a une fois de plus clarifié ce point dans l’arrêt *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272 (*Dineley*) de la manière suivante [aux paragraphes 10 et 11] :

Plusieurs règles d’interprétation peuvent aider à circonscrire les cas où une nouvelle mesure législative trouve application. Vu le besoin d’assurer la certitude des conséquences juridiques découlant des faits et des actes antérieurs, les tribunaux reconnaissent depuis longtemps le caractère exceptionnel des mesures législatives applicables rétrospectivement. Plus précisément, ils ont jugé indésirable l’application rétrospective de dispositions législatives portant atteinte à des droits acquis ou substantiels. Ainsi, une nouvelle mesure législative qui porte atteinte à de tels droits est présumée n’avoir d’effet que pour l’avenir, à moins qu’il soit possible de discerner une intention claire du législateur qu’elle s’applique rétrospectivement (*Angus c. Sun Alliance Compagnie d’assurance*, [1988] 2 R.C.S. 256, p. 266-267; *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 57; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, p. 331-332). Les nouvelles dispositions procédurales destinées à ne régir que la manière utilisée pour établir ou faire respecter un droit n’ont pour leur part pas d’incidence sur le fond de ces droits. De telles mesures sont présumées s’appliquer immédiatement, à la fois aux instances en cours et aux instances à

Not all provisions dealing with procedure will have retrospective effect. Procedural provisions may, in their application, affect substantive rights. If they do, they are not purely procedural and do not apply immediately (P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at p. 191). Thus, the key task in determining the temporal application of the Amendments at issue in the instant case lies not in labelling the provisions “procedural” or “substantive”, but in discerning whether they affect substantive rights. [My emphasis.]

[62] These principles of interpretation will yield when there is clear statutory language to the contrary. In this instance, given the absence of any statutory language signaling Parliament’s intent, the question before me is whether section 18.1 affects substantive rights.

- (1) Is the application of section 18.1 in these proceedings retrospective?

[63] If section 18.1 applies in these proceedings it will oust the jurisdiction of this Court to adjudicate the disclosure of information which may identify a human source under section 38 of the CEA. If it does not apply, the Court’s jurisdiction remains undisturbed. As previously noted, the legislation itself is silent as to its temporal application. While all parties agree that section 18.1 should not apply retroactively or retrospectively, they differ as to whether its application in these proceedings would be prospective.

[64] The Attorney General asserts that as of April 23, 2015, section 18.1 applies to all proceedings regardless of when they began, so long as there was no disclosure of human source information prior to that date. They highlight that subsection 18.1(2) refers only to a precise event of disclosure within a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information; not a proceeding writ large. Therefore, the fact that a section 38 review was already

venir (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, par. 57 et 62; *Wildman*, p. 331).

Ce ne sont pas toutes les dispositions procédurales qui s’appliquent rétrospectivement. Certaines peuvent, dans leur application, porter atteinte à des droits substantiels. De telles dispositions ne sont pas purement procédurales et ne s’appliquent pas immédiatement (P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009, p. 208). Par conséquent, la tâche qui s’impose pour statuer sur l’application dans le temps des modifications en cause consiste non pas à qualifier les dispositions de « dispositions procédurales » ou de « dispositions substantielles », mais à déterminer si elles portent atteinte à des droits substantiels. [Non souligné dans l’original.]

[62] Les principes d’interprétation en question céderont le pas à une disposition législative claire à l’effet contraire. En l’espèce, compte tenu de l’absence de toute disposition législative indiquant l’intention du législateur, la question que je dois trancher est de savoir si l’article 18.1 porte atteinte à des droits substantiels.

- (1) L’application de l’article 18.1 en l’espèce, est-elle rétrospective?

[63] Si l’article 18.1 s’applique en l’espèce, il écartera la compétence dont dispose la Cour en vertu de l’article 38 de la LPC de statuer sur la question de la communication des informations qui peuvent permettre d’identifier une source humaine. S’il ne s’applique pas, la compétence de la Cour demeure la même. Comme je l’ai déjà mentionné, la loi elle-même est muette quant à son application dans le temps. Bien que les parties s’entendent pour dire que l’article 18.1 ne devrait pas s’appliquer rétroactivement ou rétrospectivement, elles ne sont pas d’accord sur la question de savoir si son application en l’espèce serait prospective.

[64] Le procureur général affirme qu’à partir du 23 avril 2015, l’article 18.1 s’applique à toutes les instances, peu importe le moment où elles ont été intentées, pourvu qu’il n’y ait pas eu de divulgation des informations provenant d’une source humaine avant cette date. Il précise que le paragraphe 18.1(2) ne vise qu’une situation de divulgation précise dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production des informations, non

underway when Bill C-44 came into force is irrelevant so long as disclosure had not yet occurred. Without any instance of previous disclosure in DES-1-11, it cannot be said that the Attorney General is seeking to apply section 18.1 to a past event. Its application in this proceeding would be prospective.

[65] To support this argument, the applicant relies on section 10 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21:

**Law always speaking**

**10** The law shall be considered as always speaking, and where a matter or thing is expressed in the present tense, it shall be applied to the circumstances as they arise, so that effect may be given to the enactment according to its true spirit, intent and meaning.

[66] The Attorney General notes that section 18.1 is written in the present tense. Accordingly, the provision ought to be applied to circumstances as they arise; the “circumstances” being a specific instance of disclosure.

[67] The respondents insist that this argument begs the question. The circumstances to which section 18.1 applies is not disclosure, but rather the creation of a privilege that arises when a person is promised confidentiality and information is transferred from that person to CSIS as required by the definition of “human source” in section 2 of the CSIS Act. Consequently, precluding the disclosure of pre-existing human source information in these proceedings would be retroactive, or at the very least, retrospective. What the Attorney General seeks is to confer a new legal status on past events. For this reason, the respondents assert that section 18.1 must only apply to human sources who were or will be given the promise of confidentiality in exchange for information after Bill C-44 came into effect.

[68] The Attorney General argues that this proposition is “completely unworkable” because such an

dans une instance en termes larges. Par conséquent, le fait qu’un examen fondé sur l’article 38 ait été déjà en cours lorsque le projet de loi C-44 est entré en vigueur n’est pas pertinent, pour autant qu’une divulgation n’avait pas encore eu lieu. En l’absence de toute divulgation antérieure dans le dossier DES-1-11, on ne peut pas dire que le procureur général cherche à appliquer l’article 18.1 à une situation antérieure. L’application de cette disposition serait en l’espèce prospective.

[65] Au soutien de cet argument, le demandeur se fonde sur l’article 10 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui est ainsi libellé :

**Principe général**

**10** La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s’applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet.

[66] Le procureur général souligne que l’article 18.1 est libellé au présent intemporel. Par conséquent, la disposition devrait s’appliquer à la situation du moment, la « situation » étant une situation de divulgation précise.

[67] Les défendeurs soutiennent avec insistance que l’argument susmentionné élude la question. La situation à laquelle l’article 18.1 s’applique n’est pas une divulgation, mais plutôt un privilège qui prend naissance lorsqu’une personne physique reçoit une promesse d’anonymat et qu’elle transmet les informations au SCRS, comme l’exige la définition de l’expression « source humaine » à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, le fait d’empêcher en l’espèce la divulgation des informations préexistantes provenant d’une source humaine serait rétroactif ou, à tout le moins, rétrospectif. Ce que le procureur général cherche à obtenir, c’est de conférer un nouveau statut juridique à une situation antérieure. C’est pour cette raison que les défendeurs affirment que l’article 18.1 ne doit s’appliquer qu’à des sources humaines qui ont reçu une promesse d’anonymat en contrepartie d’un transfert des informations après l’entrée en vigueur du projet de loi C-44.

[68] Le procureur général soutient qu’il est [TRADUCTION] « tout à fait impossible d’appliquer » la

interpretation would require a detailed analysis of every relationship before the provision's application could be ascertained. While some amount of review would certainly be necessary, I fail to see why this would be such a difficult undertaking given the Attorney General's assertion that section 18.1 only arises in the context of litigation. The Service keeps very detailed records of their relationships with human sources and the history of each developed source would be well documented. The Court has had some experience with cases in which the Service has relied on information obtained from human sources and has seen such records. In each case there would be a finite number of human sources, and the inquiry would be limited to determining when the relationship was established and when the source was promised confidentiality.

[69] The Attorney General also suggests that applying section 18.1 only to those who were promised confidentiality after the provision came into force could not have been Parliament's intent as it would render the legislation "utterly ineffective". Again, this argument is overstated and unpersuasive. The Attorney General has failed to demonstrate that the legislation could not function effectively on a going-forward basis. There is nothing in the excerpts from the Parliamentary record included in the Attorney General's submissions that suggests that Parliament considered the application of the provision to matters that were still underway before the courts as the legislation was being considered.

[70] If, as the Attorney General suggests and appears likely, the legislation was intended by Parliament as a response to the decision of the Supreme Court of Canada in *Harkat S.C.C.*, above, the intent was to create a class privilege which the courts, including the Supreme Court of Canada, had declared did not exist at common law. The legislation could have clearly stated, as has been done in other instances, that it was meant to be applied to proceedings that arose before it was enacted and continued thereafter. For any fresh proceedings, section 18.1 would be effective at protecting the confidentiality of those engaged as human sources after April 23, 2015.

solution proposée, parce qu'une telle interprétation exigerait une analyse détaillée de chaque relation avant que l'application de la disposition ne puisse être confirmée. Bien qu'il soit nécessaire de procéder à un certain examen, je ne vois pas pourquoi cela serait difficile, compte tenu de l'affirmation du procureur général selon laquelle l'article 18.1 n'est soulevé que dans le contexte d'un litige. Le Service tient des dossiers très détaillés quant à ses relations avec les sources humaines et l'historique de chaque source créée est bien documenté. La Cour s'est déjà penchée sur des affaires dans lesquelles le Service s'est fondé sur des informations obtenues de sources humaines et a vu de tels dossiers. Dans chaque affaire, il y avait un nombre déterminé de sources humaines et la question consistait seulement à déterminer le moment où la relation avait été établie et le moment où la source avait reçu une promesse d'anonymat.

[69] Le procureur général laisse entendre qu'il n'est pas possible que le législateur ait voulu que l'article 18.1 ne s'applique qu'aux seules sources ayant reçu une promesse d'anonymat après l'entrée en vigueur de la disposition, étant donné que cela rendrait la loi [TRADUCTION] « totalement inefficace ». Là encore, cet argument est exagéré et n'est pas convaincant. Le procureur général n'a pas réussi à démontrer que la loi ne pouvait pas s'appliquer efficacement sur une base prospective. Rien dans les débats parlementaires figurant dans les observations du procureur général ne donne à penser que le législateur a envisagé l'application de la disposition à des affaires qui étaient débattues devant les tribunaux au moment où la loi était sous examen.

[70] Si, comme le procureur général le laisse entendre et comme cela semble probable, la loi visait à faire suite à l'arrêt *Harkat C.S.C.*, précité, rendu par la Cour suprême du Canada. L'intention du législateur était de créer un privilège générique qui avait été déclaré inexistant en common law par les tribunaux, y compris la Cour suprême du Canada. La loi aurait pu clairement préciser, comme cela a été fait dans d'autres situations, qu'elle était censée s'appliquer à des instances qui avaient été intentées avant son adoption et qu'elle continuerait à s'appliquer par la suite. Pour toute instance nouvellement intentée, l'article 18.1 protégerait efficacement l'anonymat des personnes intervenues comme sources humaines après le 23 avril 2015.

[71] In proceedings that arose before the legislation was enacted, pre-existing human sources would continue to be protected as necessary by the CEA section 38 regime. The Attorney General has pointed to no example where the identity of a human source, or information from which the identity of a human source could be inferred, has been disclosed in a proceeding under section 38. In the present matter, the Attorney General may lead evidence and present argument that non-disclosure is necessary to protect the life and security of human sources, or to encourage them to provide information to the Service, under the injury and balancing branches of the *Ribic* test.

[72] In the particular context of this case, the relationships with human sources which may be at issue would have been developed by the Service at least 13 or 14 years earlier than the date of enactment of the legislation. In some instances they may go back decades. The underlying actions against the government were initiated more than 10 years ago and have been actively pursued over the course of the past 5 years. In my view, applying section 18.1 to information that was obtained by the Service many years earlier to prevent its disclosure post-enactment is to give the legislation retrospective effect. Having arrived at that conclusion, the question to be resolved is whether the legislation affects substantive or vested rights.

(2) Does section 18.1 affect substantive rights?

[73] I would note at the outset of this discussion that, as presently defined in the legislation following the enactment of Bill C-44, there is no limitation on the scope of the term “human source” other than that those persons described as such have received a promise of confidentiality and have or will provide information to the Service. There is no statutory recognition in the definition of a distinction between sources who may have received such a promise at the discretion of a CSIS officer, and sources that require protection because of genuine risks to their safety. Nor does the amended Act take into account, as experience has demonstrated in other cases, that sources may be motivated to assist the

[71] Dans les instances intentées avant l’adoption de la loi, les sources humaines préexistantes continueraient à être protégée en tant que de besoin sous le régime de l’article 38 de la LPC. Le procureur général n’a donné aucun exemple où l’identité d’une source humaine, ou les informations qui peuvent permettre d’identifier une source humaine, ont été divulguées en vertu de l’article 38 dans une instance. En l’espèce, le procureur général peut présenter selon les volets risque de préjudice et mise en balance du critère de la décision *Ribic* des éléments de preuve et des arguments selon lesquels la non-divulgence est nécessaire pour protéger la vie et la sécurité des sources humaines, ou pour les encourager à fournir des informations au Service.

[72] En l’espèce, les relations avec les sources humaines qui peuvent être en cause auraient été établies par le Service au moins 13 ou 14 ans avant la date de l’adoption de la loi. Dans certains cas, elles remonteraient à des décennies. Les actions sous-jacentes ont été intentées contre le gouvernement il y a plus de 10 ans et ont été activement poursuivies au cours des 5 dernières années. À mon avis, l’application de l’article 18.1 à des informations qui ont été obtenues par le Service de nombreuses années plus tôt en vue d’empêcher leur divulgation après l’adoption de la loi équivaut à donner des effets rétroactifs à la loi. Après avoir tiré cette conclusion, la question que je dois trancher est de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis.

(2) L’article 18.1 porte-il-atteinte à des droits substantiels?

[73] Je tiens à souligner au début de l’analyse que, selon sa définition actuelle par suite de l’adoption du projet de loi C-44, la portée de l’expression « source humaine » ne connaît d’autre limite que celle des personnes décrites comme ayant reçu une promesse d’anonymat et qui ont fourni ou fourniront des informations au Service. La définition ne comporte aucune consécration légale d’une distinction entre les informateurs qui peut recevoir une telle promesse à la discrétion d’un agent du SCRS, et une source qui exige une protection en raison d’un risque réel à sa sécurité. La Loi modifiée ne tient pas compte, comme l’expérience l’a démontré dans d’autres cas, de la motivation des sources

Service for a variety of reasons some of which may undermine their credibility despite the efforts of the Service to corroborate or otherwise verify the information. See for example, *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at paragraphs 436 and 437.

[74] Under the scheme envisaged by the amendments, the Court would have no role in determining whether protection was necessary in any specific case. The Court is also prohibited from examining the circumstances under which the promise of confidentiality was made or the source's reasons for providing information that may, in the light of other facts, be proven to be false. Those questions would be entirely left to CSIS to determine without any oversight by the Court. A broad class privilege such as that enacted does not allow for the weighing of competing public and private interests in assessing the information.

[75] As the majority in *Harkat S.C.C.* noted, at paragraph 85, while the “[p]olice have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary, because doing so can make it harder to use an informer as a witness” there is no similar constraint on CSIS. It is concerned primarily with obtaining security intelligence and can extend promises of confidentiality to anyone under any circumstances to achieve that purpose and without regard to whether the information will be admissible in court.

[76] Prior to the recent amendments, the Court would have exercised great care before it authorized the disclosure of source information. As I stated in *Almrei*, at paragraph 160:

The Court is sensitive to the fact that human sources are an important component of the resources available to security intelligence agencies in collecting information to protect national security....

[77] And in *Almalki* 2010, at paragraph 168, I noted that “the Court should be conscious of the effect that a

à aider le Service, qui découlerait de diverses raisons qui peuvent miner leur crédibilité malgré les efforts déployés par le Service pour corroborer ou autrement vérifier les informations. Voir par exemple la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, aux paragraphes 436 et 437.

[74] Sous le régime envisagé par les modifications, la Cour n'aurait aucun rôle à jouer pour trancher la question de savoir si la protection était nécessaire dans l'un ou l'autre cas précis. Il est également interdit à la Cour d'examiner les circonstances dans lesquelles la promesse d'anonymat a été faite ou les raisons ayant poussé la source à fournir les informations, qui peuvent, à la lumière d'autres faits, se révéler fausses. Il reviendrait entièrement au SCRS de trancher ces questions, sans aucune surveillance de la Cour. Un privilège générique large, comme celui prévu par la loi adoptée, ne permet pas de mettre en balance les intérêts publics et les intérêts privés divergents pour l'appréciation des informations.

[75] Comme la majorité l'a souligné dans l'arrêt *Harkat C.S.C.*, au paragraphe 85, les « [p]oliciers ont intérêt à ne pas promettre l'anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s'ils le font, il sera plus difficile d'avoir recours à lui comme témoin », mais aucune contrainte similaire n'existe en ce qui concerne le SCRS. Celui-ci s'attache principalement à obtenir les informations de sécurité et peut faire une promesse d'anonymat à toute personne, quelles que soient les conditions, sans égard à la question de savoir si les informations seront admissibles en cour.

[76] Avant les récentes modifications, la Cour faisait preuve de beaucoup de prudence avant d'autoriser la divulgation des informations provenant d'une source. Voici les observations que j'ai formulées dans la décision *Almrei*, au paragraphe 160 :

La Cour reconnaît que les sources humaines constituent un élément important des ressources dont disposent les organismes du renseignement de sécurité dans la collecte de renseignements visant à protéger la sécurité du pays [...]

[77] En outre, dans la décision *Almalki* 2010, au paragraphe 168, j'ai fait observer que « la Cour doit être

decision to order disclosure of such information may have on the recruitment of human sources .... [CSIS's] ability to do so is a public interest of considerable importance.”

[78] The Court closely protects human source information when it is presented in support of applications for warrants or other proceedings such as security certificates. In most instances it has been unnecessary for the Court to know the identity of a human source or to order that information disclosed to the special advocates or *amici curiae*. Frequently, it proved sufficient for the Court to rely upon a synopsis of the Service's records in relation to the human sources.

[79] Additionally, the Court was habitually provided with information pertaining to the source's reasons for cooperating with the Service such as loyalty to Canada or financial compensation. This, together with other evidence, helped the Court determine what weight, if any, should be given to the source information in making its overall determination on the merits of the application.

[80] Should the new section 18.1 apply in the present circumstances, the Court would have no opportunity to consider whether there was an overwhelming public interest in disclosure to offset these considerations absent a determination that the individual is not, in fact, a human source. There is virtually no scope left by the legislation to make that determination or to identify the source subject to, in criminal proceedings, the innocence at stake exception set out in subsection 18.1(4). That exception has no application in a civil matter such as the underlying actions and is, it has been suggested, constitutionally under-inclusive given that it does not recognize the role that human sources play in security certificate or other administrative law applications. (See Kent Roach, “The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44” (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451).

consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de tels renseignements peut avoir sur le recrutement de sources humaines [...] [La] capacité [du SCRS] de le faire représente un intérêt public d'une importance considérable ».

[78] La Cour protège étroitement les informations d'une source humaine lorsque celles-ci sont présentées à l'appui de demandes visant à obtenir un mandat ou dans d'autres instances, comme celles qui ont trait à des certificats de sécurité. Dans la plupart des cas, il n'a pas été nécessaire que la Cour connaisse l'identité d'une source humaine ou ordonne la divulgation des informations aux avocats spéciaux ou aux *amici curiae*. Fréquemment, il s'est avéré suffisant pour la Cour de se fonder sur un précis des documents du Service relatifs aux sources humaines.

[79] De plus, la Cour recevait habituellement des informations quant aux raisons pour lesquelles la source collaborait avec le Service, telles que la loyauté envers le Canada ou la rétribution financière. Cela, ainsi que d'autres éléments de preuve, permet à la Cour de décider le poids, le cas échéant, qui devrait être accordé aux informations provenant d'une source pour tirer sa conclusion générale sur le bien-fondé de la demande.

[80] Si le nouvel article 18.1 devait s'appliquer en l'espèce, la Cour n'aurait aucune occasion d'examiner la question de savoir s'il existe un intérêt public à la divulgation pour contrebalancer ces facteurs, en l'absence d'une conclusion selon laquelle la personne physique n'est pas, en réalité, une source humaine. La loi ne laisse pratiquement aucune possibilité pour tirer cette conclusion ou pour identifier la source sous réserve, dans les instances criminelles, de l'exception relative à la démonstration de l'innocence prévue au paragraphe 18.1(4). Cette exception ne s'applique pas dans des affaires civiles, telles que les actions sous-jacentes, et est, comme on l'a laissé entendre, trop limitative sur le plan constitutionnel, compte tenu du fait qu'elle ne reconnaît par le rôle joué par les sources humaines dans les affaires de certificat de sécurité ou dans des affaires de droit administratif. (Voir l'article par Kent Roach, « The Problems with the New CSIS Human Source Privilege in Bill C-44 », (2014), 61 *Crim. L.Q.* 451).

[81] Turning now to the submissions, the applicant, *amici* and respondents agree that section 18.1 sets out a process for adjudicating claims pertaining to the disclosure of information identifying human sources, or from which their identity may be inferred, and thereby creates a new rule of evidence. Where they differ is on whether the application of the provision affects substantive rights.

[82] The respondents and the *amici* argue that section 18.1 codifies a new class privilege which creates a substantive right for human sources. The right created is the protection of a human source's identity. This, the respondents contend, is analogous to solicitor-client privilege. In order to ensure that right is protected, the legislature included corresponding rules of evidence which prohibit the disclosure of identifying information. The rules of evidence are procedural in nature.

[83] In their submissions, the parties refer to the Supreme Court of Canada's decision in *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311 (*Wildman*). In *Wildman*, at pages 331 and 332, Justice Lamer (as he then was) differentiated between the substantive nature of solicitor-client privilege and a new rule of evidence related to the competence and compellability of spouses:

Some rules of evidence must nevertheless be excluded for they are not merely procedural, they create rights and not merely expectations and, as such, are not only adjectival but of a substantive nature. Such has been found to be the case for rules or laws creating presumptions arising out of certain facts. (See, for example, as regards the presumption of advancement in questions of ownership of property as between husband and wife, *Bingeman v. McLaughlin*, [1978] 1 S.C.R. 548.) P. Roubier, in *Le droit transitoire*, 2nd ed., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, at p. 237, rationalizes their exclusion because, says he, [TRANSLATION] "As these rules are independent of the existence of an issue, they are not affected by the fact that there is litigation in progress". Such is also the case of the lawyer-client privilege resulting from a person's right to the confidentiality of his lawyer, irrespective of whether

[81] Je me penche à présent sur les observations présentées. Le demandeur, les *amici curiae* et les défendeurs conviennent que l'article 18.1 prévoit une procédure pour statuer sur les demandes se rapportant à la divulgation des informations qui identifient les sources humaines, ou qui permettent de découvrir leur identité, et crée, par conséquent, une nouvelle règle de preuve. Ils ne s'entendent pas sur la question de savoir si l'application de la disposition porte atteinte à des droits substantiels.

[82] Les défendeurs et les *amici curiae* soutiennent que l'article 18.1 codifie un nouveau privilège générique qui crée un droit substantiel pour les sources humaines. Le droit créé est la protection de l'identité d'une source humaine. Les défendeurs affirment que ce droit est semblable au secret professionnel entre avocat et client. Afin d'assurer la protection de ce droit, le législateur a prévu des règles de preuve correspondantes qui interdisent la divulgation des informations d'identification. Les règles de preuve sont de nature procédurale.

[83] Dans leurs observations, les parties renvoient à l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311 (*Wildman*), rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, aux pages 331 et 332, le juge Lamer, tel était alors son titre, a établi une distinction entre le caractère fondamental du secret professionnel entre avocat et client et une nouvelle règle de preuve portant sur l'incapacité d'un conjoint à témoigner et à l'impossibilité de le contraindre à témoigner. Voici la teneur de ses observations :

Certaines règles de preuve doivent néanmoins être exclues, car elles ne sont pas de simples règles de procédure, elles créent des droits et non simplement des expectatives et, comme telles, elles sont non seulement des règles de forme, mais également des règles de fond. On a jugé qu'il en était ainsi des règles ou des lois créant des présomptions découlant de certains faits. (Voir par exemple l'arrêt *Bingeman c. McLaughlin*, [1978] 1 R.C.S. 548 en ce qui concerne la présomption d'avancement au sujet de la propriété de biens-fonds entre conjoints.) Dans *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz et Sirey, 1960, à la p. 237, P. Roubier rationalise l'exclusion de ces règles parce que, dit-il, « ces règles étant indépendantes de l'existence d'un litige, ne sont pas modifiées par la survenance d'un procès ». Il en est de même du secret professionnel entre avocat et client découlant du droit

there is litigation, (see *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860)... But such is not the case as regards a spouse's incompetence to testify.

Spouses do not have a substantive right to the confidentiality as to what either was seen doing by the other or to the confidentiality of what was to the other communicated by either.

The incompetence and uncompellability of s. 4 of the *Canada Evidence Act*, *supra*, is not the result of a substantive right to confidentiality and is merely procedural.

[84] The respondents and *amici* contend that like solicitor-client privilege, the right to confidentiality conferred by section 18.1 is substantive. This, they argue, is because the right stems from a person's status as a source which is attained as soon as certain events occur. Further still, both the right and status exist irrespective of whether there is litigation. Therefore, they submit, what is created by section 18.1 is not merely a new rule of evidence, but rather a class privilege.

[85] The respondents also rely on the Supreme Court of Canada's ruling in *Harkat* S.C.C., which arguably regarded the introduction of a class privilege as not merely a substantive change, but one that is so fundamental that it is generally beyond the law-making authority of the courts [at paragraph 87]:

Nor, in my view, should this Court create a new privilege for CSIS human sources. This Court has stated that "[t]he law recognizes very few 'class privileges'" and that "[i]t is likely that in future such 'class' privileges will be created, if at all, only by legislative action": *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to CSIS human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and CSIS or to encourage sources to come forward to CSIS (see

d'une personne aux rapports confidentiels avec son avocat, qu'il y ait ou non litige (voir *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860). [...] Il n'en est pas ainsi en ce qui concerne l'incapacité d'un conjoint à témoigner.

La confidentialité des rapports entre conjoints, lorsque l'un d'eux est témoin d'un acte de son conjoint ou lorsque l'un d'eux communique avec son conjoint, ne relève pas d'une règle de fond.

L'incapacité et l'impossibilité de contraindre prévues à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée, ne résultent pas d'une règle de fond en matière de confidentialité, il s'agit d'une simple règle de procédure.

[84] Les défendeurs et les *amici curiae* soutiennent que, tout comme le secret professionnel entre avocat et client, le droit à l'anonymat conféré par l'article 18.1 est un droit substantiel. Ils affirment qu'il en est ainsi parce que le droit découle du statut d'une personne en tant que source, qui est obtenu dès la survenance de certains événements. Qui plus est, le droit et le statut existent tous les deux qu'il y ait litige ou non. Par conséquent, ils estiment que l'article 18.1 ne crée pas simplement une nouvelle règle de preuve, mais plutôt un privilège générique.

[85] Les défendeurs invoquent également l'arrêt *Harkat* C.S.C. de la Cour suprême du Canada qui, pourrait-on soutenir, a considéré la création d'un privilège générique non pas comme une simple modification de fond, mais comme une modification tellement fondamentale qu'elle échappe généralement au pouvoir des tribunaux de dire le droit [au paragraphe 87] :

À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de "privilèges génériques" » et qu'« [i]l est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège "générique" sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d'étendre un privilège aux sources humaines du SCRS : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, que

reasons of Abella and Cromwell JJ.), it can enact the appropriate protections....

[86] The Attorney General submits that the analogy between solicitor-client privilege and the privilege accorded to human sources is flawed. They argue instead, that similar to the facts in *Wildman*, the rule created by section 18.1 is purely procedural. Not only does the privilege created by section 18.1 arise solely in the context of a legal proceeding, rules governing privilege are rules of evidence, which are generally considered procedural. Litigants do not have a vested right in procedure or in the manner or mode of proof, and rules of procedure and rules of evidence can be changed and will be applied in ongoing proceedings: *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, rev'd by 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508, at paragraph 91.

[87] In support of this argument the applicant refers to the Supreme Court of Canada's decision in *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] S.C.R. 403. In that case, a new provision of the *Combines Investigation Act* [R.S.C. 1952, c. 314] that had changed the admissibility and effect of documentary evidence was found to be purely procedural. The Court held [at page 420]:

... While s. 41 makes a revolutionary change in the law of evidence, it creates no offence, it takes away no defence, it does not render criminal any course of conduct which was not already so declared before its enactment, it does not alter the character or legal effect of any transaction already entered into; it deals with a matter of evidence only and, in my opinion, the learned trial judge was right in holding that it applied to the trial of the charge before him.

[88] This reasoning was cited by the Supreme Court of Canada in *Dineley*, above, at paragraph 66, when concluding that “[p]rovisions which make evidence admissible that was previously inadmissible or change the conditions under which evidence may be admitted are procedural.”

ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le SCRS ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs des juges Abella et Cromwell), il peut adopter les mesures de protection voulues [...]

[86] Le procureur général soutient que l’analogie entre le secret professionnel entre avocat et client et le privilège accordé à des sources humaine est erronée. Il affirme plutôt que, comme dans l’affaire *Wildman*, la règle créée par l’article 18.1 est purement procédurale. Non seulement le privilège créé par l’article 18.1 n’est soulevé que dans le contexte d’une procédure judiciaire, mais les règles qui régissent le privilège sont des règles de preuve, qui sont généralement considérées comme procédurales. Les justiciables n’ont pas de droit acquis relativement à une procédure ou un mode de preuve, et les règles de procédure et les règles de preuve peuvent être modifiées et s’appliqueront aux instances en cours : *CIBC v. Deloitte & Touche*, 2013 ONSC 2166, 361 D.L.R. (4th) 549, infirmé par 2014 ONCA 89, 118 O.R. (3d) 508, au paragraphe 91.

[87] Au soutien de cet argument, le demandeur renvoie à l’arrêt *Howard Smith Paper Mills Ltd. et al. v. The Queen*, [1957] R.C.S. 403, rendu par la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, il a été conclu qu’une nouvelle disposition de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1952, ch. 314] qui avait modifié l’admissibilité et les effets d’une preuve documentaire était purement procédurale. La Cour a conclu ainsi [à la page 420] :

[TRADUCTION] [...] Bien que l’art. 41 entraîne une modification majeure du droit de la preuve, il ne crée aucune infraction, il n’écarte aucun moyen de défense, il n’incrimine aucune conduite qui ne l’était pas déjà avant son adoption, il ne modifie la nature ou l’effet juridique d’aucune opération déjà complétée; il porte uniquement sur une question de preuve et, à mon avis, le savant juge de première instance a eu raison de conclure qu’il s’appliquait au procès sur l’accusation dont il était saisi.

[88] Le raisonnement susmentionné a été cité par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Dineley*, précité, au paragraphe 66, lorsqu’elle a conclu que « [l]es dispositions qui rendent admissible une preuve qui ne l’était pas auparavant ou modifient les conditions d’admissibilité de la preuve sont de nature procédurale ».

[89] A second argument advanced by the respondents and the *amici* is that section 18.1 has substantive effects because the privilege it creates directly impacts the scope of permissible disclosure. Under the section 38 regime there is a right to disclosure of information pertaining to human sources where the public interest in that disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. This test is a rigorous one, but the test for disclosure under section 18.1 is even more stringent. Information which could have been disclosed under the *Ribic* test may be barred from disclosure under section 18.1. The effect of its application, argue the respondents, is therefore substantive and not merely procedural, once again invoking the presumption against retroactivity and retrospectivity.

[90] The *amici* also refer to the Ontario Court of Appeal's decision in *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22 (*Bengy*), at paragraphs 45–50. In that decision it was found that amendments to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, through the *Citizen's Arrest and Self-defence Act*, S.C. 2012, c. 9, were substantive and not merely procedural. The Court held that the amendments altered the legal test for self-defence by changing the nature of what was relevant to the defence. Thus, the changes impacted the content and existence of the defence, not merely the manner in which it was presented. This, the Court noted, was “an indication that substantive rights are affected”: *Bengy*, above, at paragraph 45. The *amici* contend that section 18.1 similarly alters the legal test for disclosure of human source identifying information. The new test does not simply affect the procedure by which disclosure is achieved; it directly impacts the content and scope of the disclosure.

[89] Les défendeurs et les *amici curiae* prétendent de plus que l'article 18.1 contient une disposition de fond parce que le privilège qu'il crée a une incidence directe sur la divulgation autorisée. Sous le régime de l'article 38, il existe un droit à la divulgation des informations se rapportant à des sources humaines lorsque l'intérêt public à la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à la non-divulgation. Il s'agit d'un critère rigoureux, mais le critère relatif à la divulgation prévu à l'article 18.1 est encore plus rigoureux. Il est possible que la divulgation des informations qui aurait été autorisée selon les critères de la décision *Ribic* soit interdite en vertu de l'article 18.1. Les défendeurs soutiennent que les effets de l'application de l'article 18.1 sont de nature substantielle et non simplement procédurale, et invoquent une fois de plus la présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive ou rétrospective.

[90] Les *amici curiae* renvoient aussi à l'arrêt *R. v. Bengy*, 2015 ONCA 397, 325 C.C.C. (3d) 22 (*Bengy*), aux paragraphes 45 à 50, rendu par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cet arrêt, il a été conclu que les modifications législatives au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, via la *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, L.C. 2012, ch. 9, étaient de nature substantielle et non simplement de nature procédurale. La Cour a conclu que les modifications avaient changé le critère juridique en matière de légitime défense en modifiant la nature de ce qui était pertinent à la défense. Ainsi, les modifications ont eu une incidence sur le contenu et l'existence de la défense, et pas uniquement sur la manière dont elle était présentée. La Cour a fait observer qu'il s'agissait [TRADUCTION] « d'une indication selon laquelle une atteinte a été portée à des droits substantiels » : *Bengy*, précité, au paragraphe 45. Les *amici curiae* soutiennent que l'article 18.1 a modifié de la même manière le critère juridique concernant la divulgation des informations permettant d'identifier des sources humaines. Le nouveau critère ne porte pas seulement atteinte à la procédure par laquelle une divulgation est effectuée, il a une incidence directe sur le contenu et la portée de la divulgation.

[91] Finally, the respondents argue that if section 18.1 is applied in this specific case it would interfere with the vindication of their Charter rights. Relying on the Supreme Court of Canada's decision in *Dineley*, above, at paragraph 21, they assert that where a provision affects constitutional rights it is necessarily substantive in effect:

... However, the conclusion that the infringement is justified in the context of the new legislation does not alter the fact that constitutional rights are affected. This is a further indication that the new legislation affects substantive rights, since constitutional rights are necessarily substantive. When constitutional rights are affected, the general rule against the retrospective application of legislation should apply.

[92] The respondents have brought the underlying civil actions, they assert, as an attempt to vindicate their constitutional rights which they allege were violated by the Attorney General and his agents. Without expressing a view on the merits of those allegations, this Court may reasonably infer that the application of section 18.1 in these proceedings could have an adverse effect on the respondents' ability to establish those claims in the Superior Court.

[93] Having considered these arguments, I am satisfied that the new legislation establishes a class privilege and that this privilege creates substantive rights for human sources and could have a substantive effect on the scope of permissible disclosure in these proceedings. Should it have such an effect, I am satisfied that it would limit the ability of the respondents to prove their claims against the defendant and their ability to establish that their constitutional rights were infringed. I conclude that section 18.1 should not be applied to the information at issue in these proceedings and that the information should continue to be subject to the *Ribic* test for disclosure.

[91] Enfin, les défendeurs font valoir que, si l'article 18.1 était appliqué en l'espèce, il contrecarrerait la défense de leurs droits garantis par la Charte. Ils invoquent l'arrêt *Dineley*, précité, au paragraphe 21, rendu par la Cour suprême du Canada, pour affirmer qu'une disposition qui porte atteinte à des droits constitutionnels est forcément de nature substantielle. Voici les observations formulées au paragraphe 21 :

[...] Toutefois, la conclusion selon laquelle l'atteinte est justifiée sous le régime des nouvelles mesures législatives ne change rien au fait qu'il a été porté atteinte à des droits constitutionnels. Il s'agit d'une indication supplémentaire que les nouvelles mesures législatives portent atteinte à des droits substantiels puisque les droits constitutionnels sont forcément de nature substantielle. Ainsi, la règle générale interdisant l'application rétrospective des mesures législatives devrait s'appliquer en cas d'atteinte à des droits constitutionnels.

[92] Les défendeurs ont engagé les actions civiles sous-jacentes pour tenter de défendre leurs droits constitutionnels qui auraient été violés par le procureur général et ses agents. Sans se prononcer sur le fond de ces allégations, la Cour peut raisonnablement tirer une conclusion selon laquelle l'application de l'article 18.1 en l'espèce pourrait nuire à la capacité des défendeurs d'établir le bien-fondé de leurs allégations devant la Cour supérieure.

[93] Après avoir examiné les arguments susmentionnés, je suis convaincu que la nouvelle loi établit un privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et pourrait avoir un effet substantiel sur la portée d'une divulgation autorisée en l'espèce. Si la loi devait produire un tel effet, je suis convaincu qu'elle limiterait la capacité des défendeurs à prouver leurs allégations portées contre le défendeur et à établir que leurs droits constitutionnels ont été violés. Je conclus que l'article 18.1 ne devrait pas être appliqué aux informations en cause en l'espèce et que les informations devraient continuer d'être assujetties au critère énoncé dans la décision *Ribic* relativement à la divulgation.

(3) Do the respondents have a vested right to the disclosure of human source identifying information, subject to section 38?

[94] Although I have found that section 18.1 affects substantive rights and should, therefore, not apply to the disputed information in these proceedings, I think it appropriate to address the parties' alternative submissions. The respondents argue that they have a vested right to the disclosure of human source information, subject to section 38. Conversely, the Attorney General asserts that there is no right to the continuation of a statutory regime, and as such, nothing bars the immediate application of section 18.1 in these proceedings.

[95] I will once again begin with the principles of statutory interpretation. As noted above, when a rule of evidence impinges on either substantive or vested rights it is presumed not to have immediate effect unless Parliament has clearly expressed its intent to the contrary: *Application under s. 83.28*, above, at paragraph 57. Similarly, the Supreme Court of Canada in *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271 (*Gustavson Drilling*), at page 282, noted:

...The rule is that a statute should not be given a construction that would impair existing rights as regards person or property unless the language in which it is couched requires such a construction: *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board* ([1933] S.C.R. 629), at p. 638. The presumption that vested rights are not affected unless the intention of the legislature is clear applies whether the legislation is retrospective or prospective in operation. A prospective enactment may be bad if it affects vested rights and does not do so in unambiguous terms. This presumption, however, only applies where the legislation, is in some way ambiguous and reasonably susceptible of two constructions. [My emphasis.]

[96] The principle underlying this rule was expounded by Justice Duff, in *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 S.C.R. 413, at page 417:

(3) Les défendeurs ont-ils sous réserve de l'article 38 un droit acquis à la divulgation de renseignements permettant l'identification de sources humaines?

[94] Bien que j'aie conclu que l'article 18.1 porte atteinte à des droits substantiels et qu'il ne devrait donc pas s'appliquer aux informations en cause en l'espèce, je suis d'avis qu'il convient de se pencher sur les observations subsidiaires des parties. Les défendeurs soutiennent qu'ils ont sous réserve de l'article 38 un droit acquis à la divulgation des informations relatives à une source humaine. À l'inverse, le procureur général affirme qu'il n'existe pas de droit au maintien d'un régime juridique, et que, par conséquent, rien n'empêche l'application immédiate de l'article 18.1 en l'espèce.

[95] Je commencerai encore une fois par énoncer les principes d'interprétation législative. Comme je l'ai déjà mentionné, lorsqu'une règle de preuve porte atteinte à un droit substantiel ou à des droits acquis, elle est présumée ne pas avoir d'effet immédiat, à moins que le législateur ait clairement exprimé son intention contraire : *Demande fondée sur l'art. 83.28*, précitée, au paragraphe 57. De même, la Cour suprême du Canada a formulé les observations suivantes dans l'arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271 (*Gustavson Drilling*), à la page 282 :

[...] Selon la règle, une loi ne doit pas être interprétée de façon à porter atteinte aux droits existants relatifs aux personnes ou aux biens, sauf si le texte de cette loi exige une telle interprétation : *Spooner Oils Ltd. v. Turner Valley Gas Conservation Board* ([1933] R.C.S. 629), à la p. 638. La présomption selon laquelle une loi ne porte pas atteinte aux droits acquis à moins que la législature ait clairement manifesté l'intention contraire, s'applique sans discrimination, que la loi ait une portée rétroactive ou qu'elle produise son effet dans l'avenir. Ce dernier type de loi peut être mauvais s'il porte atteinte à des droits acquis sans l'exprimer clairement. Toutefois, cette présomption s'applique seulement lorsque la loi est d'une quelconque façon ambiguë et logiquement susceptible de deux interprétations. [Non souligné dans l'original.]

[96] Le principe sous-jacent à la règle susmentionnée a été énoncé par le juge Duff dans l'arrêt *Upper Canada College v. Smith* (1920), 61 R.C.S. 413, à la page 417 :

... the rule that statutory enactments generally are to be regarded as intended only to regulate the future conduct of persons is, as Parke B. said in *Moon v. Durden*, in 1848 (2 Ex. 22, at pages 42 and 43),

deeply founded in good sense and strict justice

because speaking generally it would not only be widely inconvenient but

a flagrant violation of natural justice

to deprive people of rights acquired by transactions perfectly valid and regular according to the law of the time.

[97] The test to determine when a right has vested was outlined by Justice Bastarache in *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530, at paragraphs 37 and 38, citing the work of transitional law scholar Pierre-André Côté [*The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000]:

... Côté maintains that an individual must meet two criteria to have a vested right: (1) the individual's legal (juridical) situation must be tangible and concrete rather than general and abstract; and (2) this legal situation must have been sufficiently constituted at the time of the new statute's commencement ....

[98] Finding that a right has vested does not end the inquiry. Professor Sullivan tells us that the weight of the presumption must also be assessed. This requires the court to consider how "arbitrary or unfair it would be to apply the new legislation to the facts in question and whether these unwarranted consequences are necessary or warranted by the goals to be achieved": *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 826.

[99] The respondents and the *amici* argue that the right to disclosure under section 38 has vested in this case. The respondents have moved well past the mere possibility of availing themselves of a particular legal right. To the contrary, the section 38 process was engaged and was actively being pursued for five years prior to the

[TRANSDUCTION] [...] la règle selon laquelle les dispositions législatives doivent être généralement considérées comme visant uniquement à régir la conduite future d'une personne trouve, comme l'a déclaré Parke dans la décision *Moon v. Durden*, en 1848 (2 Ex. 22, aux pages 42 et 43),

son fondement essentiel dans le bon sens et la justice stricte,

parce que de façon générale, non seulement il serait extrêmement inopportun de priver les gens de droits acquis lors d'opérations parfaitement valides et régulières au regard du droit alors applicable, mais il s'agirait d'une

violation flagrante du principe de justice naturelle.

[97] Le critère applicable pour savoir si un droit est acquis a été énoncé par le juge Bastarache dans l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530, aux paragraphes 37 et 38, citant l'œuvre du professeur Pierre-André Côté [*Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Édition Thémis, 1999] sur le droit transitoire :

[...] Cet auteur soutient que le justiciable doit satisfaire à deux critères pour avoir un droit acquis : (1) sa situation juridique est individualisée et concrète, et non générale et abstraite, et (2) sa situation juridique était constituée au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi [...]

[98] Le fait de conclure qu'un droit est acquis ne met pas fin à l'examen. La professeure Sullivan nous enseigne qu'il faut également apprécier le poids à accorder à la présomption. Ainsi, le tribunal doit examiner comment [TRANSDUCTION] « l'application de la nouvelle loi aux faits en question serait arbitraire et inéquitable et si ces conséquences injustifiées sont nécessaires ou s'expliquent par les buts qui doivent être atteints » : *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014), à la page 826.

[99] Selon les défendeurs et les *amici curiae*, le droit à la divulgation fondée sur l'article 38 est acquis en l'espèce. Les défendeurs ont largement dépassé le stade de la simple possibilité de se prévaloir d'un droit particulier découlant de la loi. Au contraire, la procédure fondée sur l'article 38 a été initiée et été activement

enactment of Bill C-44. Furthermore, the respondents assert that there has already been a binding and final determination in this case regarding the right to the disclosure of human source information.

[100] As discussed above, in DES-1-10, the Attorney General claimed that the common law informer privilege extended to CSIS sources thereby preventing the disclosure of identifying information. I found that such an absolute privilege did not exist in the context of intelligence sources, and that the disclosure of source identities would be decided in accordance with the *Ribic* test. I also acknowledged that while human source information was not a significant issue in those proceedings, it was necessary to address the matter “given the likelihood of further proceedings involving other documents that may be produced on discovery to the respondents”: *Almalki* 2010, above, at paragraph 163. The [Federal] Court of Appeal affirmed my decision, finding no error in the conclusion that the informer privilege rule did not extend to CSIS human sources: *Almalki* F.C.A. 2011, above, at paragraph 34. The Attorney General did not appeal that determination further.

[101] The collection of documents before me in DES-1-10 was specifically requested by the respondents as a subset of full production in order to allow the parties to begin mediation. It was anticipated that further documents would be subject to a section 38 review should the civil claims proceed to trial. For this reason, it has been recognized in DES-1-11 that, despite the fact that a new application was commenced, there is in substance just one section 38 review process over which the legal determinations made in DES-1-10 have binding effect.

[102] The respondents contend that the judgment of the Federal Court of Appeal in DES-1-10, released June 13, 2011, settled the law on the protection afforded

suivie pendant cinq ans avant l’adoption du projet de loi C-44. En outre, les défendeurs soutiennent qu’une décision contraignante et définitive a déjà été rendue en l’espèce relativement au droit à la communication des informations relatives à une source humaine.

[100] Comme je l’ai mentionné précédemment, dans le dossier DES-1-10, le procureur général a soutenu que le privilège de common law relatif aux indicateurs de police s’applique aux sources du SCRS et empêche ainsi la divulgation des informations d’identifications. J’ai conclu qu’un tel privilège absolu n’existe pas dans le contexte des sources de renseignement et que la question concernant la divulgation de l’identité des sources serait tranchée conformément au critère de la décision *Ribic*. J’ai également reconnu que, même si l’information provenant d’une source humaine ne revêtaient pas une grande importance dans cette instance, il était nécessaire que j’exprime 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 » : *Almalki* 2010, précitée, au paragraphe 163. La Cour d’appel fédérale a confirmé ma décision et a estimé que je n’avais pas commis d’erreur en n’appliquant pas aux sources humaines du SCRS les règles régissant le privilège relatif aux indicateurs de police : *Almalki* C.A.F. 2011, précité, au paragraphe 34. Le procureur général n’a pas interjeté appel de la décision.

[101] La série de documents dont j’étais saisi dans le dossier DES-1-10 avait été expressément demandée par les défendeurs afin de permettre aux parties de commencer la médiation, et ne constituait qu’une partie des documents demandés. Il était prévu que d’autres documents soient assujettis à un examen fondé sur l’article 38 si les actions civiles devaient être instruites. C’est pourquoi il a été reconnu dans le dossier DES-1-11 que, malgré le fait qu’une nouvelle demande ait été introduite, il n’y avait au fond qu’une seule procédure fondée sur l’article 38 à l’égard de laquelle les conclusions de droit tirées dans le dossier DES-1-10 avaient une force contraignante.

[102] Les défendeurs soutiennent que l’arrêt rendu le 13 juin 2011 par la Cour d’appel fédérale dans le dossier DES-1-10 a arrêté le droit sur la question de la

CSIS sources in this case. They further submit that the determination of the courts in DES-1-10 applies in these proceedings not only as a matter of *stare decisis*, but as a matter of *res judicata*. In *Régie des rentes du Québec v. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 SCC 46, [2013] 3 S.C.R. 125, Justice Wagner writing for the majority of the Supreme Court of Canada explained how *res judicata* applies to judgments [at paragraph 30]:

Before going further in my analysis, I must highlight a distinction between two concepts that are central to the resolution of this appeal: that of a “final judgment” and that of a “final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties”. A judgment need not dispose of the litigation in its entirety to be final. If it disposes of any substantive interlocutory *issue*, *res judicata* will apply. On the other hand, *res judicata* will also apply to a final judgment that ultimately determines the rights and obligations of the parties, but it then disposes of the *case* in its entirety and makes any further proceedings unnecessary. [Emphasis in original.]

[103] The respondents also highlight the [Federal] Court of Appeal’s decision in *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242 (*Apotex*), which made it clear that *res judicata* not only applies to claims that were raised in a prior proceeding, but to issues that could have been raised [at paragraph 26]:

Issue estoppel applies to preclude relitigation of an issue which has been conclusively and finally decided in previous litigation between the same parties or their privies (*Angle* and *Doering*, *supra*). It applies not only to issues decided finally and conclusively, but also to arguments that could have been raised by a party in exercise of reasonable diligence (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. v. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (F.C.A.)). Issue estoppel applies where an issue has been decided in one action between the parties, and renders that decision conclusive in a later action between the same parties, notwithstanding that the cause of action may be different (*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O’Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). The second cause of action,

protection accordée aux sources du SCRS en l’espèce. Ils affirment en outre que les conclusions de la cour dans le dossier DES-1-10 s’appliquent en l’espèce non seulement en raison du principe du respect des décisions des tribunaux supérieurs, mais aussi en raison de celui de la chose jugée. Dans l’arrêt *Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company Ltd.*, 2013 CSC 46, [2013] 3 R.C.S. 125, le juge Wagner, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada a expliqué comment la notion de *res judicata* s’applique aux jugements [au paragraphe 30] :

Avant de poursuivre mon analyse, je dois faire ressortir une distinction entre deux notions dont l’importance est cruciale pour l’issue du présent pourvoi : la notion de « jugement définitif » et celle de « jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties ». Un jugement n’a pas à statuer sur le litige en entier pour être définitif. S’il statue sur toute *question* de fond interlocutoire, il acquerra l’autorité de la chose jugée. Par contre, un jugement définitif qui statue ultimement sur les droits et obligations des parties acquiert aussi l’autorité de la chose jugée, mais il tranche le *litige* en entier et rend inutile la prise de toute autre mesure dans l’instance. [Italique dans l’original.]

[103] Les défendeurs invoquent également l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242 (*Apotex*), de la Cour d’appel fédérale, qui établit de manière non équivoque que le principe de l’autorité de la chose jugée s’applique non seulement à des questions qui ont été soulevées dans une instance antérieure, mais aussi à des arguments qui auraient pu être soulevés. Voici les observations formulées par la Cour [au paragraphe 26] :

L’irrecevabilité pour identité des questions en litige vise à empêcher un nouveau procès sur une question déjà tranchée de manière finale et concluante dans un procès antérieur entre les mêmes parties ou leurs ayants droit (arrêts *Angle* et *Doering*, précités). Elle s’applique non seulement aux questions tranchées de manière finale et concluante, mais également aux arguments qui auraient pu être soulevés par une partie faisant preuve de diligence raisonnable (*Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb*, [1966] 1 Q.B. 630 (C.A.); *Merck & Co. c. Apotex Inc.* (1999), 5 C.P.R. (4th) 363 (C.A.F.)). L’irrecevabilité pour identité des questions en litige s’applique quand une question a été tranchée dans une action entre les parties et que cette décision est déterminante pour une action ultérieure entre les mêmes parties, sans égard au fait que la cause d’action puisse différer

however, must involve issues of fact or law which were decided as a fundamental step in the logic of the prior decision. Issue estoppel does not arise if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings. The test for such an inquiry is whether the determination on which it is sought to found the estoppel is so fundamental to the substantive decision that the latter cannot stand without the former (*Angle, supra*; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); affirmed by [1984] 2 S.C.R. 555).

[104] The respondents assert that the judgment of the [Federal] Court of Appeal in DES-1-10 meets the criteria set out in *Apotex*. They describe Justice Létourneau's findings as squarely and conclusively granting the respondents a vested right to the disclosure of human source information, subject only to the determination of relevance, injury and balancing of interests under section 38. They also contend that such a finding was a necessary step towards the conclusion of the proceeding.

[105] As the Attorney General submits, in order for *res judicata* to apply, three elements must be established: (1) the same question has been decided; (2) the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (3) the parties to the judicial decision were the same as the parties to the proceeding in which the estoppel is raised: *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, at paragraph 25.

[106] The question at issue in DES-1-10 and in *Harkat* S.C.C., was whether the common law informer privilege extended to CSIS human sources. This is a different question than the one before me now. At that time the class privilege created by section 18.1 did not exist. Thus, the previous judgments could not have decided the issue of whether the privilege created by section 18.1 applies within a section 38 review.

(*Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.); *Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.)). Toutefois, la seconde cause d'action doit mettre en cause des questions de fait ou de droit qui ont été tranchées comme élément fondamental de la logique de la décision antérieure. Il n'y a pas d'irrecevabilité pour identité des questions en litige si la question visée a été soulevée de manière annexe ou incidente dans la procédure antérieure. Le critère à l'égard de ce point est de savoir si la décision sur laquelle on cherche à fonder l'irrecevabilité est si fondamentale pour trancher le fond que la seconde décision ne puisse être maintenue sans la première (arrêt *Angle*, précité; *R. v. Duhamel* (1981), 33 A.R. 271 (C.A.); confirmé par [1984] 2 R.C.S. 555).

[104] Les défendeurs affirment que la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans le dossier DES-1-10 répond au critère énoncé dans l'arrêt *Apotex*. Ils expliquent que, dans ses conclusions, le juge Létourneau accorde aux défendeurs d'une manière claire et concluante un droit acquis à la divulgation des informations relatives à des sources humaines, sous la seule réserve de la conclusion concernant l'application des critères de pertinence, de préjudice et de mise en balance des intérêts énoncés à l'article 38. Ils estiment également qu'une telle conclusion était une étape nécessaire en vue de la conclusion de l'instance.

[105] Comme l'affirme le procureur général, pour que le principe de l'autorité de la chose jugée s'applique, il faut que l'existence des trois éléments suivants soit établie : 1) la même question a été tranchée; 2) la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion est finale et 3) les parties dans la décision judiciaire invoquée sont les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, au paragraphe 25.

[106] La question soulevée dans le dossier DES-1-10 et dans l'arrêt *Harkat* C.S.C. était de savoir si le privilège de common law relatif aux indicateurs de police s'applique aux sources humaines du SCRS. Il s'agit d'une question différente de celle dont je suis actuellement saisi. À ce moment-là, le privilège générique créé par l'article 18.1 n'existait pas. Ainsi, les jugements antérieurs ne pouvaient pas permettre de trancher la question de savoir si le privilège créé par l'article 18.1

[107] The Attorney General maintains that the respondents do not have a vested right to have human source claims determined under section 38. Again, the applicant relies upon an understanding of disclosure as a precise event within a proceeding, and argues that because disclosure has not yet taken place the respondents have no vested rights to human source information. To find in favour of this argument I would have to accept that in a section 38 review the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. I have difficulty with that proposition because the right to discovery is part of the trial process from the outset. The question to be determined in a section 38 review is whether information in the discovery production can be protected from disclosure on public interest grounds.

[108] The Attorney General rightly contends that there is no vested right in the continuation of a statutory regime. To support this proposition, the applicant relies on Justice Dickson's [as he then was] majority decision in *Gustavson Drilling*, above, at page 283, which holds "[t]he mere right existing in the members of a community or any class of them at the date of the repeal of a statute to take advantage of the repealed statute is not a right accrued". But in this context we are not dealing with the repeal of an existing statute or even of an existing common law privilege. *Harkat S.C.C.* established definitively that the privilege did not exist at common law.

[109] *Gustavson* dealt with tax legislation and the Court was clear: "[t]he only rights which a taxpayer in any taxation year can be said to enjoy with respect to claims for exemption are those which the *Income Tax Act* of that year give him": *Gustavson Drilling*, above, at page 282. The analogy to this case is weak. The Supreme Court found that there was nothing ambiguous about the procedural nature of taxing statutes. It is overreaching in my view to compare the right to disclosure

s'appliquait dans le contexte d'un examen fondé sur l'article 38.

[107] Le procureur général affirme que les défendeurs n'ont pas de droit acquis à ce que les questions liées aux sources humaines soient tranchées en vertu de l'article 38. Là encore, le demandeur se fonde sur l'interprétation selon laquelle une divulgation est un événement précis au sein d'une instance, et soutient que, puisque la divulgation n'a pas encore eu lieu, les défendeurs n'ont aucun droit acquis à l'égard des informations relatives à des sources humaines. Pour souscrire à cet argument, je devrais accepter que, dans un examen fondé sur l'article 38, le droit d'obtenir des informations n'est acquis qu'au moment même où celles-ci sont divulguées. Il est difficile pour moi d'accepter cette thèse parce que le droit à la communication fait partie du processus judiciaire dès le début. La question à trancher dans un examen fondé sur l'article 38 est de savoir si, à l'étape de l'enquête préalable, des informations peuvent être soustraites à la communication pour des raisons liées à l'intérêt public.

[108] Le procureur général fait valoir à bon droit qu'il n'existe pas de droit acquis au maintien d'un régime juridique. À l'appui de cette thèse, le demandeur se fonde sur la décision majoritaire rendue par le juge Dickson [tel était alors son titre] dans l'arrêt *Gustavson Drilling*, précité, à la page 283, selon laquelle « [l]e simple droit de se prévaloir d'un texte législatif abrogé, dont jouissent les membres de la communauté ou une catégorie d'entre eux à la date de l'abrogation d'une loi, ne peut être considéré comme un droit acquis ». Toutefois, en l'espèce, nous ne sommes pas en présence d'un texte législatif abrogé ni même d'un privilège de common law existant. L'arrêt *Harkat C.S.C.* a définitivement établi que le privilège n'existe pas en common law.

[109] L'arrêt *Gustavson* portait sur la législation fiscale et la Cour suprême du Canada a clairement affirmé que : « [l]es seuls droits dont un contribuable peut se prévaloir au cours d'une année d'imposition au regard de réclamations d'exemptions sont ceux que lui accorde la *Loi de l'impôt sur le revenu* alors en vigueur » : *Gustavson Drilling*, précité, à la page 282. La comparaison avec cet arrêt est faible. La Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'y avait aucune ambiguïté quant à la

in an ongoing proceeding with the right to a specific tax exemption where annual changes ought to be anticipated by taxpayers, if not expected.

[110] I am satisfied that at the time section 18.1 was brought into force the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of these section 38 proceedings. Under that regime, human source identifying information is subject to a determination of the public interest privilege claims asserted by the Attorney General. The balancing of the competing public interests of full disclosure and national security can be achieved in this proceeding through the *Ribic* test without ousting the vested rights of the respondents.

## VI. CONCLUSION

[111] The Court has determined that application of section 18.1 in these proceedings would be retrospective, and creates a new privilege that affects the substantive rights of the respondents. The Court has also determined that, subject to the weighing of the competing public and private interests under section 38, the respondents have a vested right to disclosure of human source identifying information in order to support their claims in the Ontario Superior Court. Thus, the retrospective application of section 18.1 is held to be invalid. The Court will proceed to consider whether release of the information would cause injury to one of the protected national interests and, if so, whether the risk of that harm outweighs the public interest in disclosure.

nature procédurale des lois fiscales. À mon avis, il est exagéré de comparer le droit à la divulgation dans une instance en cours et le droit à une exonération fiscale particulière dans un cas où les contribuables auraient dû prévoir les modifications annuelles ou s’y attendre.

[110] Je suis convaincu qu’au moment où l’article 18.1 est entré en vigueur, les défendeurs avaient un droit acquis au régime de divulgation établi pour la durée des instances intentées au titre de l’article 38. Sous ce régime, informations d’identifications de sources humaines sont assujettis à une conclusion portant sur les prétentions avancées par le procureur général selon lesquelles il existe un privilège d’intérêt public. La mise en balance du facteur de l’intérêt public à une divulgation complète et celui de la sécurité nationale peut être faite en l’espèce en fonction du critère de la décision *Ribic* sans porter atteinte aux droits acquis des défendeurs.

## VI. CONCLUSION

[111] La Cour a conclu que l’application de l’article 18.1 en l’espèce serait rétrospective, et créerait un nouveau privilège qui porte atteinte aux droits substantiels des défendeurs. La Cour a également conclu que, sous réserve de la mise en balance des intérêts publics et privés divergents en vertu de l’article 38, les défendeurs ont un droit acquis à la divulgation des informations permettant l’identification de sources humaines afin qu’ils puissent étayer leurs demandes présentées à la Cour supérieure de l’Ontario. Ainsi, l’application rétrospective de l’article 18.1 est jugée invalide. La Cour examinera la question de savoir si la divulgation des informations est susceptible de nuire à l’un des trois intérêts nationaux protégés et, dans l’affirmative, si le risque de préjudice l’emporte sur l’intérêt public à la divulgation.