

DES-5-08
2009 FC 1050

DES-5-08
2009 CF 1050

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act);

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi);

IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), section 83(1) of the Act;

ET le dépôt de ce certificat devant la Cour fédérale du Canada en vertu des paragraphes 77(1) et 83(1) de la Loi;

AND IN THE MATTER OF Mohamed HARKAT

ET Mohamed HARKAT

INDEXED AS: HARKAT (RE)

RÉPERTORIÉ : HARKAT (RE)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, June 26, 30, July 2, 3, September 10 and October 15, 2009.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 26 et 30 juin, 2 et 3 juillet, 10 septembre et 15 octobre 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Review of circumstances leading to Ministers' failure to disclose information concerning reliability of human source — Statements by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) witnesses with respect to human source matrix incomplete — CSIS witnesses not all to blame for this failure — CSIS having to ensure witnesses called to testify are educated about what they are being asked to undertake — Such witnesses should have consent, backing of CSIS when asked to make important decisions about proceeding — CSIS, Ministers under obligation to give Court all information necessary to test source's credibility — Ministers non-disclosure not breaching Mr. Harkat's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, therefore s. 24(1) not engaged — However, Ministers' failure undermining integrity of Court's process — Evidence presented leading to conclusion information filed in support of security certificate "filtered", undertakings to Court not fulfilled — In such exceptional circumstances, production of files of another human source relied on by Ministers ordered.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Examen des circonstances menant au défaut des ministres de divulguer des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine — Des déclarations faites par des témoins du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) relativement à la matrice sur la source étaient incomplètes — Les témoins du SCRS ne devaient pas être les seuls blâmés pour cette défaillance — Le SCRS doit veiller à ce que les témoins soient renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter — Ces témoins devraient disposer de l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance — Le SCRS et les ministres devaient transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source — La non-divulgaration des ministres n'avait pas porté atteinte aux droits de M. Harkat garantis par la Charte canadienne des droits et libertés; l'art. 24(1) n'a donc pas reçu application — Toutefois, le défaut des ministres a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour — La preuve présentée a conduit à la conclusion que l'information produite à l'appui du certificat avait été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'avaient pas été respectés — Dans cette situation exceptionnelle, la production de dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés a été ordonnée.

This was a review, at the initiative of the Court, of the circumstances leading to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source (the polygraph information) to the Court and to the special advocates. On being made aware of this failure, the Court issued an order dated May 27, 2009, giving the special advocates access to one of the human source files. The Court then issued a public

Il s'agissait d'un examen, institué à l'initiative de la Cour, des circonstances qui ont conduit au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine (les renseignements liés au test polygraphique). Lorsqu'elle a eu connaissance de ce défaut, la Cour a délivré une ordonnance datée du 27 mai 2009 accordant aux avocats spéciaux l'accès à un des dossiers de

direction offering three Canadian Security Intelligence Service (CSIS) witnesses the opportunity to explain their previous testimony and their failure to provide important information to the Court.

The present reasons addressed concerns in relation to each witness and included some comments on the role played by CSIS as an institution. They also dealt with a request by the special advocates for the exclusion of all information provided by the human source in question as a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held, the production of the files of another covert human intelligence source relied on by the Ministers to support the allegations made against Mr. Harkat is ordered.

The purpose of the source matrix is to provide the Court, and special advocates, with the tools to enable them to test the reliability of the information provided by the source in an effective way. All relevant information regarding the source's credibility and reliability including the source's motivation, evaluation, payment and background should be included in the source matrix. Statements by the three witnesses with respect to the source matrix at issue herein were incomplete. However, it was clear from the evidence that the three witnesses should not bear all the blame for what appeared to be, in part, an institutional failure of CSIS. CSIS must ensure that the witnesses they call to testify are properly educated about the function they are being asked to undertake; they must be thoroughly prepared by counsel; they, and their counsel, must have all the necessary factual information available to them; and, they must have the consent and backing of CSIS when they are asked to make important decisions about the proceeding.

This lack of support and the institutional concern over releasing human source information, even to its legal counsel and persons asked to testify in support of certificate proceedings, led, in part, to the non-disclosure of information that goes to the reliability of a human source relied on by CSIS to support its case against Mr. Harkat. To conform to the law, CSIS and the Ministers must give the Court all the information necessary to test the credibility of the source and not just the information that a witness, trained as an intelligence officer, considers operationally necessary. CSIS must also ensure that nothing prevents its legal counsel from fulfilling his role as legal advisor to CSIS or his ability to act as officer of the Court. Adequate administrative and legal resources must be dedicated to these complex and time-consuming files.

sources humaines. La Cour a ensuite donné une directive publique par laquelle elle offrait aux trois témoins du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) l'occasion d'expliquer leurs dépositions ainsi que leur défaut de lui avoir fourni d'importants renseignements.

Les motifs en l'espèce abordaient les sujets d'inquiétudes qu'occasionnait chaque témoin et contenaient des commentaires sur le rôle qu'a joué le SCRS en tant qu'institution. Ils portaient aussi sur une demande présentée par les avocats spéciaux pour que soient exclus tous les renseignements fournis par la source humaine en cause à titre de réparation en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Jugement : la production des dossiers d'une autre source humaine secrète sur lesquels les ministres se sont fondés pour étayer les allégations portées contre M. Harkat a été ordonnée.

L'objet de la matrice sur la source est de fournir à la Cour, ainsi qu'aux avocats spéciaux, les outils leur permettant de bien vérifier la fiabilité des renseignements fournis par la source. Tous les renseignements utiles concernant la crédibilité et la fiabilité de la source, y compris les motifs de celle-ci, son évaluation, sa rémunération et ses antécédents, doivent être inclus dans la matrice. Des déclarations faites par les trois témoins relativement à la matrice sur la source en cause en l'espèce étaient incomplètes. Cependant, il ressortait manifestement des dépositions que les trois témoins ne devraient pas être les seuls blâmés pour ce qui semblait relever en partie d'une défaillance en tant qu'institution du SCRS. Le SCRS doit s'assurer que les témoins qu'il appelle à déposer sont convenablement renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter. Des avocats doivent les préparer minutieusement, et leurs avocats et eux-mêmes doivent avoir accès à toutes les données factuelles dont ils ont besoin. Ces témoins, en outre, doivent disposer de l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance.

Cette absence de soutien, ainsi que la crainte du SCRS en tant qu'institution de divulguer des renseignements sur des sources humaines, même à ses propres avocats et aux personnes appelées à témoigner à l'appui du caractère raisonnable du certificat, ont été la cause, en partie du moins, de la non-divulgaration de renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine sur laquelle le SCRS s'est appuyé pour établir le bien-fondé de ses prétentions contre M. Harkat. Pour se conformer à la loi, le SCRS et les ministres doivent transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source, et pas seulement l'information qu'un témoin, ayant une formation d'agent de renseignements, juge nécessaire de divulguer sur le plan opérationnel. Le SCRS doit également s'assurer que rien n'empêche son avocat de bien s'acquitter auprès de lui de son rôle de conseiller juridique, et

Given the evolution of the security certificate proceeding, counsel for the Ministers must thoroughly understand the evolving case law and law and be able to adequately prepare CSIS employees who have been asked to appear as witnesses before the Court. The rule of law cannot be set aside because of a lack of time, resources or institutional resistance to the evolving context of security certificate proceedings. The Ministers' decision in relation to what evidence must be adduced should not be left in the hands of a legally inexperienced witness. A process must be in place to ensure that decisions are made after a proper consultation with all stakeholders and upon receipt of legal advice.

With regard to subsection 24(1) of the Charter and the special advocates' request to exclude any information provided by the human source that was subject to the polygraph, there was insufficient evidence to find that Mr. Harkat's Charter rights had been violated. Consequently, subsection 24(1) was not engaged. However, the failure of CSIS, and of its witnesses, to act in accordance with the obligation of utmost good faith recognized in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, undermined the integrity of the Court's process.

The law requires that CSIS reconcile its obligation to disclose all relevant information, frankly and fully, with its legitimate operational requirement to protect the confidentiality of its human sources. Although the Ministers and CSIS intelligence officers may have their own views as to the reliability of the human source information, they may not impose that view by limiting the information provided to the Court and the special advocates. The evidence before the Court led to the conclusion that the information filed in support of the certificate by the Ministers has been "filtered" and that undertakings made to the Court have not been fulfilled. Filtering evidence, even with the best of intentions, is unacceptable. Failing to properly fulfil undertakings made to a court of law is equally unacceptable. Had the polygraph information never come to the attention of the Court, there was a real risk that Mr. Harkat would have suffered a flagrant denial of procedural justice. The Ministers' acknowledgement that they failed to disclose information met the threshold for setting aside the covert human intelligence source relied on by the Ministers. Consequently, in these exceptional circumstances, it was necessary to order the production of the files of another human source relied on by the Ministers. Such an order would ensure that there was no further

de bien agir comme auxiliaire de la Cour. Des ressources administratives et juridiques suffisantes doivent être mises à contribution pour pareil dossier qui est si complexe et qui requiert tant de temps.

Au vu de l'évolution de la procédure pour les certificats de sécurité, l'avocat qui représente les ministres doit connaître parfaitement la jurisprudence et la loi en évolution constante, et pouvoir bien préparer les employés du SCRS appelés à témoigner devant la Cour. La primauté du droit ne peut être écartée en raison d'un manque de temps ou de ressources, ou parce qu'une institution offre de la résistance face à l'évolution de la procédure applicable aux certificats de sécurité. La décision incombant aux ministres quant au choix des éléments de preuve à produire ne doit pas être laissée entre les mains d'un témoin sans formation juridique. Une procédure doit être instaurée pour s'assurer que les décisions sont prises après que tous les intéressés ont été convenablement consultés et que des conseils juridiques ont été dûment obtenus.

S'agissant du paragraphe 24(1) de la Charte et de la demande présentée par les avocats spéciaux pour que soit exclu tout renseignement fourni par la source humaine qui a été soumise au test polygraphique, la preuve ne suffisait pas pour conclure que les droits garantis à M. Harkat par la Charte avaient été violés. Par conséquent, le paragraphe 24(1) n'a pas reçu application. Toutefois, le défaut du SCRS, et de ses témoins, de se conformer à l'obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue reconnue dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour.

Le droit requiert que le SCRS concilie son obligation de divulguer tous les renseignements utiles, de manière complète et fidèle, avec le besoin légitime au plan opérationnel de protéger la confidentialité de ses sources humaines. Bien que les ministres et les agents de renseignements du SCRS puissent très bien avoir leur propre opinion sur la fiabilité des renseignements de la source humaine, ils ne peuvent imposer cette opinion en restreignant les renseignements fournis à la Cour et aux avocats spéciaux. La preuve présentée à la Cour a mené à la conclusion que l'information produite par les ministres à l'appui du certificat avait été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'avaient pas été respectés. Filtrer la preuve, même en étant animé des meilleures intentions, n'est pas acceptable. Ne pas respecter comme il convient les engagements pris envers une cour, cela n'est pas davantage acceptable. Si les renseignements liés au test polygraphique n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour, il y avait un fort risque qu'une atteinte flagrante à l'équité procédurale aurait été commise à l'endroit de M. Harkat. La reconnaissance par les ministres de leur défaut de divulgation de renseignements satisfaisait au critère permettant d'écartier la source humaine secrète de renseignements sur laquelle les ministres se sont fondés. En

concern in relation to the special advocates' ability to fully test the evidence; it was necessary to repair the damage done to the administration of justice and to re-establish the necessary climate of trust and confidence which must be present in such an exceptional legal procedure. However, the file was to be provided only to the Court and to the special advocates. In no circumstances was this file to be given to Mr. Harkat, his counsel, or to the public.

conséquence, dans cette situation exceptionnelle, il était nécessaire d'ordonner la production de dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés. Une telle ordonnance dissiperait toute inquiétude quant à la capacité des avocats spéciaux de vérifier pleinement la preuve. Elle est également essentielle pour réparer l'atteinte portée à la bonne administration de la justice, et pour rétablir le climat de confiance qui doit régner dans le cadre d'une procédure judiciaire aussi exceptionnelle. Toutefois, le dossier ne devait être remis qu'à la Cour et aux avocats spéciaux. En aucune circonstance le dossier ne devra-t-il être divulgué à M. Harkat, à son avocat non plus qu'au public.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 3. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 78 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(a),(h) (as am. *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

Charkaoui (Re), 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, (1995), 130 D.L.R. (4th) 385, [1996] 2 W.W.R. 1; *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289, 22 D.L.R. (4th) 1, 5 C.P.C. (2d) 81 (C.A.); *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303.

CONSIDERED:

Harkat (Re), 2009 FC 553, 80 Imm. L.R. (3d) 252, 345 F.T.R. 143.

REFERRED TO:

Ruby v. Canada (Solicitor General), 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65; *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(a),(h) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Charkaoui (Re), 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289, 22 D.L.R. (4th) 1, 5 C.P.C. (2d) 81 (C.A.); *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

DÉCISION EXAMINÉE :

Harkat (Re), 2009 CF 553.

DÉCISIONS CITÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Harkat (Re)*, 2009 CF 203; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

REVIEW of the circumstances leading to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source to the Court and to the special advocates. Production of the files of another human source ordered.

APPEARANCES

Simon Fothergill for Attorney General of Canada.

Leonard M. Shore, Q.C. for witness C.

Patrick F. D. McCann for witness R.

Jean G. Legault for witness A.

Paul D. Copeland and *Paul J. J. Cavalluzzo* as special advocates.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

Shore Davis Hale, Ottawa, for witness C.

McCann Law Offices, Ottawa, for witness R.

Burke-Robertson LLP, Ottawa, for witness A.

Paul D. Copeland, Toronto, and *Paul J. J. Cavalluzzo*, Toronto, as special advocates.

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

NOËL J.:

Introduction

[1] This is an order and reasons for order in relation to a proceeding which took place at the initiative of the Court to review the circumstances that led to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source to the Court and to the special advocates (the polygraph information). On being made aware of the failure to disclose the polygraph information by way of letter dated May 26, 2009 (public version attached to these reasons as Appendix 1), this Court issued an order and reasons for order dated May 27, 2009 disposing of a motion, brought previously in this proceeding by the special advocates, seeking access to human source files. In the May 27, 2009 order, this Court granted the special advocates' motion, in part, and

EXAMEN des circonstances qui ont mené au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine. La production des dossiers d'une autre source humaine a été ordonnée.

ONT COMPARU

Simon Fothergill pour le procureur général du Canada.

Leonard M. Shore, c.r. pour le témoin C.

Patrick F. D. McCann pour le témoin R.

Jean G. Legault pour le témoin A.

Paul D. Copeland et *Paul J. J. Cavalluzzo* à titre d'avocats spéciaux.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

Shore Davis Hale, Ottawa, pour le témoin C.

McCann Law Offices, Ottawa, pour le témoin R.

Burke-Robertson LLP, Ottawa, pour le témoin A.

Paul D. Copeland, Toronto, et *Paul J. J. Cavalluzzo*, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.

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

LE JUGE NOËL :

Introduction

[1] Il s'agit d'une ordonnance et de motifs d'ordonnance se rapportant à une procédure instituée à l'initiative de la Cour pour examiner les circonstances qui ont conduit au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine (les renseignements liés au test polygraphique). Lorsqu'elle a eu connaissance du défaut de divulgation des renseignements liés au test polygraphique au moyen d'une lettre datée du 26 mai 2009 (la version publique est jointe aux présents motifs à titre d'annexe 1), la Cour a délivré une ordonnance et des motifs d'ordonnance datés du 27 mai 2009 et disposant d'une requête, présentée précédemment par les avocats spéciaux dans le cadre de la présente instance, sollicitant

gave them access to one of the human source files (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 80 Imm. L.R. (3d) 252).

[2] On June 4, 2009, Senior General Counsel for CSIS [Canadian Security Intelligence Service] wrote to the Chief Justice of the Federal Court acknowledging that “[t]he failure to include relevant information in the source matrix was inexcusable and is a matter of profound concern to the Service” (see letter of June 4, 2009, attached as Appendix 2).

[3] On June 5, 2009, the Court issued a communication to the parties informing them that it had held a closed hearing in the presence of the special advocates and counsel for the Ministers. At that hearing the Court was informed that members of the CSIS executive had asked a senior CSIS employee to conduct an investigation into the circumstances surrounding the non-disclosure of the polygraph information. The Court also informed counsel for the Ministers that it intended to recall the three witnesses who had testified and that it reserved the right to call further witnesses.

[4] On June 15, 2009, the Court held a closed hearing to discuss the manner in which the Court should proceed in relation to this matter. The special advocates and counsel for the Attorney General were present.

[5] On June 16, 2009, this Court issued a public Direction which offered the three CSIS witnesses the opportunity to explain their testimony and their failure to provide important information to the Court. An opportunity was also given to the Attorney General and the special advocates to address the following matters:

(a) the compliance of CSIS with orders of the Court, in particular the orders of September 24 and November 28, 2008;

(b) possible prevarication by CSIS witnesses called to testify concerning the reliability of the information provided by a human source; and

l'accès à des dossiers de sources humaines. Dans l'ordonnance du 27 mai 2009, la Cour a accueilli en partie la requête des avocats spéciaux, et leur a accordé l'accès à un des dossiers de sources humaines (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 553).

[2] Le 4 juin 2009, l'avocat général principal du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] a reconnu dans une lettre adressée au juge en chef de la Cour fédérale que [TRADUCTION] « [l]e défaut d'inclure des renseignements utiles dans la matrice sur la source était inexcusable, et c'est là un sujet de grave inquiétude pour le Service » (se reporter à la lettre du 4 juin 2009 ci-jointe à titre d'annexe 2).

[3] Le 5 juin 2009, la Cour a transmis aux parties une communication par laquelle elle les informait qu'elle avait tenu une audience à huis clos en présence des avocats spéciaux et de l'avocat des ministres. La Cour a appris à cette audience que des membres de la haute direction du SCRS avaient demandé à un gestionnaire du Service de mener une enquête sur les circonstances ayant entouré la non-divulgence des renseignements liés au test polygraphique. La Cour a également informé l'avocat des ministres qu'elle comptait rappeler les trois témoins qui avaient déposé et qu'elle se réservait le droit d'assigner d'autres témoins.

[4] Le 15 juin 2009, la Cour a tenu une audience à huis clos où l'on a traité de la manière dont elle devrait procéder à l'égard de cette question. Les avocats spéciaux et l'avocat du procureur général étaient présents.

[5] Le 16 juin 2009, la Cour a donné des directives publiques par laquelle elle offrait aux trois témoins du SCRS l'occasion d'expliquer leurs dépositions ainsi que leur défaut de lui avoir fourni d'importants renseignements. La Cour a également donné au procureur général et aux avocats spéciaux l'occasion d'aborder les questions suivantes :

a) l'observation par le SCRS des ordonnances de la Cour, en particulier les ordonnances du 24 septembre et du 28 novembre 2008;

b) l'éventuelle prévarication de témoins du SCRS appelés à témoigner au sujet de la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine;

(c) CSIS' compliance with the obligation of utmost good faith required by the jurisprudence in the context of *ex parte* proceedings. See *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27; and *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153 and 154.

[6] The three witnesses chose to attend before the Court to explain their actions. They were represented by independent lawyers who were given access to all relevant information. The three witnesses were examined by their counsel and cross-examined by counsel for the Attorney General and by Mr. Cavalluzzo, a special advocate. Independent counsel were also given an opportunity to re-examine their clients.

[7] One of the three witnesses sought, and was granted, leave to call a polygraphist to testify as a witness in this proceeding.

[8] Because of the sensitivity of the information at issue, namely information relating to a human source, closed hearings were held over three days in June 2009.

[9] Documents were filed by the three witnesses and by the Attorney General. One of these documents was a CSIS report dated June 2009 (the internal report) prepared by a senior member of CSIS at the request of the CSIS executive. This report was characterized by CSIS as one of the measures taken to deal with the failure to provide full disclosure of the polygraph information to the Court (see CSIS' senior general counsel letter dated June 4, 2009, to the Chief Justice, Appendix 2).

[10] The internal report contains information in relation to the non-disclosure of the polygraph information and is based on interviews with CSIS employees. However, the investigator did not interview any person who might be called to testify during this proceeding. Thus, the internal report does not benefit from the perspective of a number of persons directly involved in the events leading up to, and resulting in, the non-disclosure of the information concerning the reliability of the human source. As such the internal report, which was filed as an exhibit pursuant to paragraph 83(1)(h) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of

c) le respect par le SCRS de l'obligation que lui impose la jurisprudence de faire preuve *ex parte* de la bonne foi la plus absolue (se reporter à *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27; et à *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154).

[6] Les trois témoins ont choisi de se présenter devant la Cour pour expliquer leurs actes. Ils étaient représentés par des avocats indépendants à qui on avait accordé l'accès à tous les renseignements utiles. Chacun des trois témoins a été interrogé par son avocat et contre-interrogé par l'avocat du procureur général et par M. Cavalluzzo, un avocat spécial. Les avocats indépendants ont également eu l'occasion d'interroger de nouveau leur client.

[7] L'un des trois témoins a demandé, et obtenu, l'autorisation d'appeler un polygraphiste à témoigner dans le cadre de la présente instance.

[8] Une audience à huis clos d'une durée de trois jours a été tenue en juin 2009, en raison de la nature délicate des renseignements en cause, à savoir des renseignements relatifs à une source humaine.

[9] Les trois témoins ainsi que le procureur général ont déposé des documents. L'un de ces documents était un rapport en date de juin 2009 du SCRS (le rapport interne) établi par un haut gestionnaire à la demande de la haute direction du SCRS. Le SCRS a décrit ce document comme l'une des mesures prises pour remédier au défaut de divulgation complète à la Cour des renseignements liés au test polygraphique (se reporter à la lettre en date du 4 juin 2009 adressée au juge en chef par l'avocat général principal du SCRS — annexe 2).

[10] Le rapport interne, fondé sur des entrevues menées auprès d'employés du SCRS, renferme de l'information relative à la non-divulgation des renseignements liés au test polygraphique. L'enquêteur n'a toutefois fait passer d'entrevue à aucune personne pouvant être appelée à témoigner dans la présente instance. Le rapport ne bénéficie donc pas de l'éclairage de diverses personnes ayant participé directement aux événements qui ont été à l'origine ou ont été la cause de la non-divulgation de renseignements concernant la fiabilité de la source humaine. À ce titre, le rapport interne, déposé comme

the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) has been received into evidence but has not been given any weight in assessing the evidence of the witnesses in this proceeding. The internal report was used by counsel as a starting place from which to question the witnesses.

[11] Finally, written submissions were filed by counsel in August 2009.

[12] In their submissions dated August 27, 2009, the special advocates sought, for the first time, the exclusion of all information provided by the human source in question as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter).

[13] The Attorney General was granted leave to file submissions in reply to the Charter issues raised by the special advocates. Those responding submissions were filed on September 10, 2009.

[14] Throughout this process, the Court has been mindful of: the overriding importance of ensuring fairness to Mr. Harkat; the reputations of the three CSIS employees who appeared as witnesses; the reputation of other CSIS employees who are referred to in the internal report but did not testify; the reputation of those who did not testify and were not interviewed for the purposes of the internal report; the ongoing security certificate proceeding; paragraphs 83(1)(a) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] and (h) of the IRPA; the requirements of the rule of law; the proper and effective administration of justice; and, the national security of Canada.

[15] I note that this proceeding, which was commenced upon the initiative of the Court, is not a complete and exhaustive review of the events leading up to the non-disclosure of the polygraph information. Only the CSIS employees who appeared before the Court as witnesses in the underlying certificate proceeding were asked to explain their actions. To engage in a more detailed inquiry

pièce en application de l'alinéa 83(1)h) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR), a été admis en preuve mais on ne lui a accordé aucun poids dans l'appréciation de la déposition des témoins dans la présente instance. Le rapport interne a servi aux avocats pour démarrer l'interrogatoire des témoins.

[11] En août 2009, finalement, les avocats ont présenté des observations écrites.

[12] Dans leurs observations datées du 27 août 2009, les avocats spéciaux ont demandé, pour la première fois, que soient exclus tous les renseignements fournis par la source humaine en cause à titre de réparation, en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte).

[13] Le procureur général a été autorisé à soumettre des observations en réponse aux questions liées à la Charte soulevées par les avocats spéciaux. Ces observations en réponse ont été déposées le 10 septembre 2009.

[14] Tout au long du processus, la Cour a pris en compte les éléments suivants : l'importance capitale qu'il y a à assurer un traitement équitable à M. Harkat; la réputation des trois employés du SCRS qui ont comparu comme témoins; la réputation des autres employés du SCRS qui ont été mentionnés dans le rapport interne mais qui n'ont pas témoigné; la réputation des personnes qui n'ont pas témoigné ni n'ont subi une entrevue pour les besoins du rapport interne; la procédure en cours relative au certificat de sécurité; les alinéas 83(1)a) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] et h) de la LIPR; les impératifs de la primauté du droit; la bonne administration de la justice; la sécurité nationale du Canada.

[15] Je désire souligner que la présente procédure, instituée à l'initiative de la Cour, ne consiste pas en un examen complet et exhaustif des événements qui ont conduit à la non-divulgence des renseignements liés au test polygraphique. Seuls les employés du SCRS ayant comparu comme témoins devant la Cour dans l'instance sous-jacente relative au certificat se sont vu demander

would have further delayed the determination of the reasonableness of the certificate and would not have been in the interests of justice at this time. The findings of fact made in this decision must be read in the context of this narrow proceeding and should not limit or preclude any future fact-finding inquiries that may be deemed appropriate. The issue arising from the first certificate proceeding (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, at paragraph 16) could not be dealt with fully. Therefore, the Court will not deal with this matter at this time.

The failure to disclose

[16] It is the objective of these reasons to address the concerns that the Court has in relation to each witness, and to include some comment on the role played by CSIS as an institution. Because of the importance of the issues raised in this proceeding, these reasons have been written without reference to any sensitive information. The three witnesses who testified in June 2009 will remain anonymous and will be referred to as witnesses A, C and R. The positions held by A, C and R in CSIS will not be disclosed. The polygraphist, called to testify by counsel for witness C will be referred to as such.

[17] The following paragraphs are a review of the events leading up to the issuance of the May 27, 2009 order in which the Court reserved its right to recall the three witnesses in relation to the issue of non-disclosure of the polygraph information.

[18] On May 15, 2009, the Court received an email from CSIS' counsel in which he stated that he would be providing further information to the Court which may have a bearing on the Court's decision in relation to the special advocates' motion seeking access to the human source file.

[19] In a confidential letter forwarded to the Court on May 26, 2009 (which was later redacted and made public, see Appendix 1), counsel for the Ministers referred to inaccuracies in the "source matrix" which was filed, in

d'expliquer leurs actes. Procéder à un examen plus détaillé aurait retardé encore davantage la décision à rendre quant au caractère raisonnable du certificat et n'aurait pas été, au stade actuel, dans l'intérêt de la justice. Les conclusions de fait tirées dans la présente décision ne valent que dans le contexte étroit de la procédure qui nous occupe, et ne devraient pas empêcher la tenue de toute enquête d'établissement des faits jugée nécessaire ni en restreindre la portée. La question soulevée dans la première instance relative au certificat (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 553, au paragraphe 16) n'a pu être entièrement réglée. Par conséquent, la Cour ne traitera pas maintenant de cette question.

Défaut de divulguer

[16] L'objet des présents motifs est d'aborder les sujets d'inquiétude qu'occasionne chaque témoin à la Cour, et de faire des commentaires sur le rôle qu'a joué le SCRS en tant qu'institution. Vu l'importance des questions soulevées dans la présente procédure, il ne sera fait mention dans les présents motifs d'aucun renseignement de nature délicate. Les trois témoins qui ont déposé en juin 2009 demeureront anonymes et seront désignés en tant que témoins A, C et R. Les postes occupés par A, C et R au sein du SCRS ne seront pas divulgués. Le polygraphiste appelé à témoigner par l'avocat du témoin C sera désigné par sa seule fonction.

[17] On passera en revue, dans les paragraphes qui suivent, les événements ayant mené à la délivrance de l'ordonnance du 27 mai 2009, par laquelle la Cour se réservait le droit de rappeler les trois témoins quant à la question de la non-divulgaration des renseignements liés au test polygraphique.

[18] Le 15 mai 2009, la Cour a reçu un courriel dans lequel l'avocat du SCRS déclarait qu'il lui communiquerait d'autres renseignements susceptibles de l'aider à trancher la requête présentée par les avocats spéciaux pour obtenir l'accès au dossier de la source humaine.

[19] Dans une lettre confidentielle transmise à la Cour le 26 mai 2009 (par la suite expurgée et rendue publique — se reporter à l'annexe 1), l'avocat des ministres a fait allusion à des inexactitudes dans la [TRADUCTION]

September 2008, as part of Exhibit A to the closed portion of these proceedings.

[20] The purpose of the source matrix is to provide the Court, and special advocates, with the tools to enable them to test the reliability of the information provided by the source in an effective way. All relevant information regarding the source's credibility and reliability including the source's motivation, evaluation, payment and background should be included in the matrix (see *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, at paragraphs 93, 94 and 98 *per* Dawson J.).

[21] In the source matrix found in Exhibit A to the closed portion of this proceeding, there is a section entitled "polygraph testing" which discusses the administration of a polygraph to one of the human sources relied on by CSIS. In the September 2008 version of the matrix, the polygraph section stated:

These issues cast suspicion on ██████████ loyalty to the service and raised questions as to ██████████ activities and associations, ██████████. As a result, in 2002, the service conducted a polygraph examination of the source.

The polygraph charts were reviewed by an independent ██████████ resource who determined that 22 22 was truthful when stating that he ██████████ was not involved with other agencies and militant organizations.

[22] This statement is incomplete and, as acknowledged by CSIS (see letter dated May 26, 2009, Appendix 1), should at a minimum have included the following information:

- in 2002, a polygraph was conducted on the human source and he was found to be untruthful on all relevant questions;
- in 2008, prior to the beginning of the closed hearing in early September 2008, at the initiative of witness C, the polygraph results were sent for a quality control assess-

« matrice sur la source » qui avait été déposée, en septembre 2008, comme élément de la pièce A versée dans le cadre de la partie à huis clos de la présente instance.

[20] L'objet de la matrice sur la source est de fournir à la Cour, ainsi qu'aux avocats spéciaux, les outils leur permettant de bien vérifier la fiabilité des renseignements fournis par la source. Tous les renseignements utiles concernant la crédibilité et la fiabilité de la source, y compris les motifs de celle-ci, son évaluation, sa rémunération et ses antécédents, doivent être inclus dans la matrice (se reporter à *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, aux paragraphes 93, 94 et 98, la juge Dawson).

[21] Dans la matrice sur la source figurant dans la pièce A versée dans le cadre de la partie à huis clos de la présente instance, il y a une section intitulée [TRADUCTION] « test polygraphique » où l'on traite de l'administration d'un tel test à l'une des sources humaines sur lesquelles s'est fondé le SCRS. Dans la version 2008 de la matrice, on déclarait ce qui suit dans la section sur le test polygraphique :

[TRADUCTION]

Ces éléments font douter de la loyauté de ██████████ envers le Service et nous ont fait nous interroger sur les activités et les fréquentations de ██████████, ██████████. En 2002, par conséquent, le Service a fait passer un test polygraphique à la source.

Un spécialiste indépendant ██████████ a analysé les graphiques et établi que ██████████ s'exprimait avec franchise lorsqu'il a déclaré ne pas être membre d'autres agences non plus que d'organisations militantes.

[22] Cette déclaration était incomplète et, comme l'a reconnu le SCRS (se reporter à la lettre du 26 mai 2009 — annexe 1), on aurait dû y faire état, à tout le moins, des renseignements qui suivent :

- En 2002, la source humaine a subi un test polygraphique et on a conclu qu'elle n'avait répondu avec franchise à aucune des questions pertinentes.
- En 2008, avant que ne débute l'audience à huis clos au début du mois de septembre, les résultats du test polygraphique ont été transmis, à la demande du témoin C, pour

ment. The quality control assessment concluded that the human source was truthful on half of the relevant questions and that the results of the answers to all other relevant questions should have been found to be “inconclusive”.

[23] In the course of their evidence in the underlying certificate proceeding, and in response to any undertakings arising out of their testimony, each witness was given an opportunity to disclose the polygraph information. I will now review the actions of, and assess the explanations given by, each witness in the chronological order in which they appeared before the Court.

Witness C

[24] Witness C testified before the Court in September 2008. He was the sole witness produced by the Ministers in the closed hearings in support of the reasonableness of the certificate. In his effort to prepare himself, witness C reviewed the Harkat file, the confidential Security Intelligence Report (SIR) and the draft Exhibit A which included the source matrix. After repeated requests, witness C obtained access to the human source files of those sources that had provided information about Mr. Harkat to CSIS. As a result of his background knowledge, witness C had a concern about the polygraph information he read in one of the human source files. Acting upon this concern, he sought approval to request a quality control of that human source’s polygraph result. The approval was granted but not through the ordinary channels.

[25] The quality control report was provided to witness C on September 5, 2008. As a result of the conclusions made in that document, witness C made changes to the polygraph section of the source matrix in Exhibit A. More specifically, witness C replaced the 2002 finding that the source was untruthful in his answers to several relevant questions with the results of the 2008 quality control assessment, which found that the source had been truthful in relation to two of the relevant questions (see paragraphs 21 and 22). Moreover, no mention was made of the six-year gap between the time the polygraph was

vérification de la qualité. On a conclu, après avoir procédé à cette vérification, que la source humaine avait répondu avec franchise à la moitié des questions pertinentes et, quant à l’autre moitié, que les résultats obtenus auraient dû être jugés « non concluants ».

[23] Dans le cadre de sa déposition dans l’instance sous-jacente relative au certificat, et du suivi donné à tout engagement qui a pu être pris pendant cette déposition, chaque témoin a eu l’occasion de divulguer les renseignements liés au test polygraphique. Je vais maintenant passer en revue les actes de chaque témoin, et évaluer les explications données par chaque témoin, selon l’ordre chronologique des comparutions devant la Cour.

Témoin C

[24] Le témoin C a déposé devant la Cour en septembre 2008. C’était le seul témoin appelé par les ministres, lors de l’audience à huis clos, à l’appui du caractère raisonnable du certificat. Pour se préparer, le témoin C avait passé en revue le dossier de M. Harkat, le Rapport sur les renseignements de sécurité (le RRS) confidentiel et l’ébauche de la pièce A où figurait la matrice sur la source. Après l’avoir demandé à plusieurs reprises, le témoin C a obtenu l’accès aux dossiers des diverses sources humaines qui avaient fourni au SCRS des renseignements sur M. Harkat. Étant donné ses connaissances préalables, le témoin a eu des inquiétudes à l’égard des renseignements liés au test polygraphique qu’il a lus dans le dossier d’une source humaine, et par suite, il a sollicité l’autorisation de demander que les résultats du test polygraphique de la source humaine soient soumis à un contrôle de la qualité. L’autorisation a été accordée, mais pas selon la voie habituelle.

[25] Le 5 septembre 2008, le rapport de contrôle de la qualité a été remis au témoin C. Compte tenu des conclusions énoncées dans ce document, le témoin C a apporté des modifications à la section sur le test polygraphique de la matrice sur la source figurant à la pièce A. Plus particulièrement, le témoin C a remplacé la conclusion de 2002, selon laquelle la source n’avait pas répondu avec franchise à plusieurs questions pertinentes, par les résultats de la vérification de la qualité de 2008, selon lesquels la source avait répondu avec franchise à deux des questions pertinentes posées (se reporter aux

administered and the time at which the quality control results were received.

[26] Witness C explained that, for an intelligence officer, the quality control report was the governing result. In essence, the result of a quality control assessment overtook any earlier assessment. As such, the quality control is the only result that he would have provided to his superiors at CSIS. It was based on this assumption that witness C chose to amend the source matrix on September 5, 2008.

[27] The evidence of witness C may explain (but not justify) his decision to alter the polygraph information in the source matrix prior to the hearings held in September 2008. His evidence does not, however, explain his failure to answer questions put to him by the Court in closed hearings about whether there was anything unusual in the file relating to the human sources. The Court gave witness C several opportunities, during his testimony in September 2008, to disclose the polygraph information and he did not do so. His explanation that “it was not in mind” is not satisfactory.

[28] The Court has noted that witness C saw his role as limited. He was clearly influenced by his training as an intelligence officer. This should not have been the case. The objective of witness C should have been the disclosure of all information required by the Court to evaluate the reliability of the information supplied by the human source. Had he done so, both the Court and the special advocates would have been in a position to fulfill their respective statutory mandates. As witness C told the Court, “knowing what I know now, the information should have been disclosed”.

[29] From an institutional perspective, CSIS should have given witness C more support and education in relation to his role as one of the primary witnesses in support of the certificate’s reasonableness. He should

paragraphes 21 et 22). Aucune allusion n’était faite, en outre, à l’intervalle de six ans séparant le moment de l’administration du test polygraphique et le moment de la réception des résultats du contrôle de la qualité.

[26] Le témoin C a donné comme explication que, pour un agent de renseignements, les résultats figurant dans le rapport de contrôle de la qualité était ceux ayant un caractère déterminant. Les résultats tirés de l’évaluation de la qualité l’emportaient essentiellement sur ceux de toute évaluation antérieure, et c’étaient donc les seuls qu’il aurait transmis à ses supérieurs du SCRS. C’est pour cette raison que le témoin C a choisi de modifier, le 5 septembre 2008, la matrice sur la source.

[27] La déposition du témoin C pourrait toujours expliquer (mais non pas justifier) sa décision de modifier, avant que ne soit tenue l’audience de septembre 2008, les renseignements liés au test polygraphique. Sa déposition n’explique pas pourquoi, toutefois, il n’a pas répondu aux questions que la Cour lui a posées à l’audience à huis clos quant à savoir s’il y avait quoi que ce soit d’inhabituel concernant les sources humaines dans le dossier. La Cour a fourni plusieurs fois au témoin C l’occasion, pendant sa déposition en septembre 2008, de divulguer les renseignements liés au test polygraphique, mais il ne l’a pas fait. Son explication selon laquelle [TRADUCTION] « il n’avait pas cela présent à l’esprit » n’est pas satisfaisante.

[28] La Cour a remarqué que le témoin C considérait son rôle comme étant limité. Sa formation d’agent de renseignements influait manifestement sur le témoin C; or, tel n’aurait pas dû être le cas. Le témoin C aurait dû avoir pour objectif de divulguer à la Cour toute l’information dont elle avait besoin pour évaluer la fiabilité des renseignements fournis par la source humaine. Si le témoin C avait agi en ce sens, tant la Cour que les avocats spéciaux auraient été en mesure de s’acquitter du mandat respectif que la loi leur confère. Tel que le témoin C l’a dit à la Cour, [TRADUCTION] « l’information, je le sais maintenant, aurait dû être divulguée ».

[29] À titre d’institution, cette fois, le SCRS aurait dû davantage soutenir et informer le témoin C quant à son rôle de témoin essentiel appelé à l’appui du caractère raisonnable du certificat. Le SCRS aurait dû donner au

have been properly trained and advised by CSIS. Moreover, the decision about what human source information should be included or excluded from the human sources matrix should not have been left to him. All amendments to the source matrix should have been approved by individuals with access to the human source file and by the litigation management branch before the matrix was included as part of Exhibit A.

[30] Witness C acknowledged in retrospect that he should have included all of the polygraph information in the source matrix and that he should have disclosed it when questioned by the Court in September 2008. However, the explanation given by witness C in June 2009 does not lead me to conclude that witness C deliberately excluded the information or intentionally omitted to disclose it.

[31] The Court reserves its judgment on the weight to be given to witness C's testimony in support of the allegations made by the Ministers in the SIR including the weight to be given to his evidence in relation to the reliability of the information provided by the human sources for the purpose of determining the reasonableness of the certificate.

Witness A

[32] Witness A was called to testify about the necessity of maintaining redactions to certain investigative reports which indirectly concerned human sources as a result of this Court's order of November 28, 2008 (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60). He testified on three occasions: February 3, 2009, April 14, 2009 and May 13, 2009.

[33] During the course of his testimony on February 3, 2009, witness A was asked to provide the Court with information relating to a recommendation in one of the reports that a human source be subjected to a polygraph examination. Witness A undertook to do so. He determined that a polygraph was administered in 2002 and communicated that information to his counsel. He did not review the results of the polygraph and no written response to his undertakings was filed.

témoin C une formation adéquate et lui prodiguer les conseils appropriés. En outre, ce n'est pas au témoin C qu'il aurait dû incomber de décider quels renseignements sur la source humaine auraient dû être inclus ou non dans la matrice. Toutes les modifications apportées à la matrice sur la source humaine auraient dû être approuvées par des personnes ayant accès au dossier de celle-ci et par la direction de gestion des litiges avant que la matrice ne soit intégrée à la pièce A.

[30] Le témoin C a reconnu après coup qu'il aurait dû inclure tous les renseignements liés au test polygraphique dans la matrice sur la source, et qu'il aurait dû divulguer ces renseignements lorsque la Cour l'a interrogé en septembre 2008. Étant donné l'explication donnée par le témoin C en juin 2009, je n'en viens toutefois pas à la conclusion que celui-ci a délibérément exclu des renseignements ou omis d'en divulguer.

[31] La Cour met en délibéré la question de la valeur à accorder à la déposition du témoin C à l'appui des allégations formulées par les ministres dans le RRS, y compris celles concernant la fiabilité des renseignements fournis par les sources humaines pour établir le caractère raisonnable du certificat.

Témoin A

[32] Le témoin A a été appelé pour témoigner sur la nécessité de maintenir expurgés certains rapports d'enquête liés indirectement aux sources humaines, par suite de l'ordonnance du 28 novembre 2008 de la Cour (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 203). Le témoin A a déposé à trois reprises, soit le 3 février 2009, le 14 avril 2009 et le 13 mai 2009.

[33] La Cour a demandé au témoin A, lors de sa déposition le 3 février 2009, de lui fournir de l'information quant à une recommandation faite dans un des rapports selon laquelle il faudrait faire subir un test polygraphique à une source humaine. Le témoin A s'est engagé à fournir cette information. Il a établi qu'un tel test avait été administré en 2002, puis a transmis cette information à son avocat. Il n'a pas passé en revue les résultats du test polygraphique, et aucun suivi écrit donné à ses engagements n'a été déposé.

[34] On March 25, 2009, witness A received an email from legal counsel asking him to review the human source file for further information regarding the results of the polygraph.

[35] On March 26, 2009, the discrepancy in the source matrix came to the attention of witness A by way of an email sent to him by one of his staff members which specifically highlighted the difference between the information in the source matrix and that found in the polygraph file.

[36] On March 26, 2009, witness A referred the whole matter to the litigation management branch instead of bringing the polygraph information to legal counsel's attention. He did so because this was the bureaucratic path to be followed. Legal counsel was to refer all requests for information via that branch and not make them directly to witness A's branch. The direction from the litigation management branch was to "hold off" on any further action, which witness A did.

[37] Witness A also relied on a note to file made on September 19, 2008, which indicated that all of the relevant polygraph information had been provided to the Court by witness C. He assumed that the litigation management branch knew what information had been passed on to the Court and that they would handle the further request for information by legal counsel appropriately.

[38] I find that witness A did not fulfill his undertakings to the Court. He did not properly follow up on his undertakings of February 3, 2009, nor did he verify what "relevant" information had been provided to the Court by witness C. This is particularly problematic given the concerns expressed by his employee. That said, after reviewing the evidence before me, I find that witness A did not intend to hide information from the Court; however, considering the seriousness of making undertakings in the context of a Court proceeding, witness A should have put more effort into ensuring that the response to his undertakings was made and was complete. Relying on others to follow up on undertakings made is not sufficient. Witnesses who make undertakings to a Court

[34] Le 25 mars 2009, le témoin A a reçu un courriel dans lequel un avocat lui demandait de vérifier si le dossier de la source humaine renfermait d'autres renseignements concernant les résultats du test polygraphique.

[35] Le 26 mars 2009, un subalterne a porté à l'attention du témoin A par courriel les inexactitudes dans la matrice sur la source, en faisant ressortir particulièrement la différence entre les renseignements figurant dans la matrice et ceux versés au dossier sur le test polygraphique.

[36] Le 26 mars 2009, le témoin A a renvoyé toute l'affaire à la direction de la gestion des litiges, plutôt que de porter à l'attention de l'avocat les renseignements liés au test polygraphique. Il a agi ainsi parce que c'était là la voie hiérarchique à suivre. L'avocat devait adresser à cette direction, et non pas à la direction dont était membre le témoin A, toute demande de renseignements. Et les hauts gestionnaires de la direction de la gestion des litiges devaient « remettre à plus tard » la prise de toute nouvelle mesure, ce qu'a fait le témoin A.

[37] Le témoin A s'est également fondé sur une note au dossier du 19 septembre 2008 où l'on indiquait que tous les renseignements utiles liés au test polygraphique avaient été fournis par le témoin C à la Cour. Le témoin A a ainsi présumé que la direction de la gestion des litiges savait quels renseignements avaient été communiqués à la Cour, et traiterait de la façon voulue la demande de renseignements additionnels présentée par l'avocat.

[38] Je conclus que le témoin A n'a pas respecté ses engagements envers la Cour. Il n'a pas donné suite convenablement à ses engagements du 3 février 2009, ni n'a vérifié quels renseignements « utiles » le témoin C avait fournis à la Cour. Cela constitue particulièrement un problème compte tenu des inquiétudes que lui avait exprimées son subalterne. Cela dit, je conclus, après examen de la preuve dont je suis saisi, que le témoin A n'avait pas l'intention de cacher des renseignements à la Cour. Toutefois, comme il faut prendre bien au sérieux les engagements pris dans le cadre d'une instance judiciaire, le témoin A aurait dû consentir davantage d'efforts pour s'assurer qu'un suivi était bel et bien donné à ses engagements, de manière exhaustive. Se fier que d'autres

are responsible for the adequacy of the responses that are filed with the Court through counsel.

Witness R

[39] On April 16, 2009, the Court asked the Ministers to recall witness R to answer any questions the special advocates might have concerning, among other things, human source management, evaluation of human sources and payments made to the human source. Witness R undertook to familiarize himself with the human source file so that he could be examined and cross-examined on its contents. More specifically, he was asked to review the file and be prepared to answer questions concerning the remuneration of the source and the reliability to be given to the information provided by that source. His recent experience within CSIS and his knowledge of the intelligence world qualified him to testify in relation to these issues.

[40] Witness R testified before the Court on May 6, 2009. During his evidence, he was asked about the polygraph section of the source matrix; he answered that he had not fully focused on that part of the human source file. He undertook to respond to the questions posed by the Court and did so on May 13, 2009, in the Ministers' Response to undertakings (Exhibit M-32 to the closed proceeding) which can only be described as incomplete and inaccurate.

[41] Witness R reappeared on June 25, 2009, to explain his previous evidence and the May 13, 2009 response to his undertakings. In his evidence witness R stated that he did not have time to fully prepare for his court appearance. He had recently changed positions and was fully occupied with his day-to-day tasks which left him without time to thoroughly prepare for his testimony. Witness R stated that he had not focussed on the section concerning the polygraph as it had not been identified to him as an issue of particular interest to the Court. He also explained that his opinion about the value of polygraph information when assessing the reliability of a human

donneraient un suivi à ses engagements ne suffisait pas. C'est aux témoins qui prennent des engagements envers la Cour qu'il incombe de s'assurer du caractère adéquat du suivi présenté à la Cour par l'entremise de leur avocat.

Témoin R

[39] Le 16 avril 2009, la Cour a demandé aux ministres de rappeler le témoin R pour qu'il réponde aux questions que pourraient vouloir lui poser les avocats spéciaux au sujet, notamment, de la gestion et de l'évaluation des sources humaines et de la rémunération de la source humaine. Le témoin R s'est engagé à prendre connaissance du dossier de la source humaine, de manière à pouvoir être interrogé et contre-interrogé sur sa teneur. Il s'est vu demander, plus particulièrement, d'étudier le dossier et de se préparer à répondre à des questions concernant la rémunération de la source et la fiabilité de ses renseignements. L'expérience récemment acquise par lui au sein du SCRS et sa connaissance du milieu du renseignement rendaient le témoin R apte à déposer sur ces questions.

[40] Le témoin R a déposé devant la Cour le 6 mai 2009. Au cours de sa déposition, on l'a interrogé au sujet de la section sur le test polygraphique de la matrice sur la source; il a répondu qu'il ne s'était guère attardé à cette partie du dossier de la source humaine. Le témoin R s'est engagé à répondre aux questions posées par la Cour, ce qu'il a fait le 13 mai 2009 dans le suivi donné aux engagements des ministres (pièce M-32 versée dans l'instance tenue à huis clos); ce suivi ne peut toutefois être considéré qu'incomplet et inexact.

[41] Le témoin R a comparu de nouveau le 25 juin 2009 pour fournir des explications sur sa déposition antérieure et sur le suivi du 13 mai 2009 donné à ses engagements. Le témoin R a déclaré dans sa déposition qu'il n'avait pas eu pleinement le temps de se préparer pour sa comparution. Il avait récemment changé de poste et ses tâches quotidiennes l'occupaient à plein temps, de telle sorte qu'il n'avait pas eu le temps de se préparer méticuleusement pour sa déposition. Le témoin R a déclaré qu'il ne s'était pas attardé à la section sur le test polygraphique, comme on ne lui avait pas signalé qu'il s'agissait là d'une question d'intérêt particulier pour la Cour. Il a également

source would not have led him to focus on that part of the file.

[42] Witness R testified that he did not prepare or review the responses to his undertakings before they were filed in Court. It is enough to say that he should have done so.

[43] Again, I do not find a deliberate attempt to hide the information on the part of witness R. However, the Court considers that witness R should have realized the importance of his testimony and should have taken the time to properly prepare and to follow up personally on the undertakings he made to the Court. This would have likely resulted in further disclosure being made to the Court.

The role of CSIS in the non-disclosure

[44] What is clear from the evidence of the three witnesses and from the documents filed as exhibits to this hearing is that witnesses A, C and R should not bear all of the blame for what appears to be, on the facts before me, in part, an institutional failure of CSIS. Individuals asked to testify on behalf of CSIS in support of the reasonableness of the certificate must continue to cope with their daily workload. They are not accustomed to testifying as witnesses and they come to the Court with all of their professional baggage. Most importantly, their counsel was not given access to information which would have enabled him to provide them with appropriate legal advice.

[45] This situation is unacceptable. CSIS must ensure that the witnesses they call to testify are properly educated about the function they are being asked to undertake; they must be thoroughly prepared by legal counsel; they, and their counsel, must have all the necessary factual information available to them; and, they must have the consent and backing of CSIS when

expliqué que sa propre opinion sur la valeur des renseignements obtenus à l'aide d'un polygraphe aux fins de l'évaluation de la fiabilité d'une source humaine l'aurait aussi conduit à ne pas fixer son attention sur cette partie du dossier.

[42] Le témoin R a déclaré qu'il n'avait ni établi ni révisé le suivi donné à ses engagements avant qu'il ne soit déposé devant la Cour. Qu'il suffise de dire qu'il aurait dû le faire.

[43] Encore une fois, je ne conclus pas qu'il y a eu tentative délibérée de la part du témoin R de dissimuler de l'information. La Cour estime toutefois que le témoin R aurait dû comprendre l'importance de son témoignage, et prendre le temps de se préparer adéquatement et de surveiller en personne le suivi donné à ses engagements envers la Cour. S'il en avait été ainsi, davantage de renseignements auraient vraisemblablement été divulgués à la Cour.

Rôle joué par le SCRS dans la non-divulgence

[44] Ce qui ressort manifestement des dépositions des trois témoins et des documents déposés comme pièces à la présente audience, c'est que les témoins A, C et R ne devraient pas être les seuls blâmés pour ce qui semble relever en partie, d'après les faits dont je suis saisi, d'une défaillance en tant qu'institution du SCRS. Les personnes à qui le SCRS demande de témoigner à l'appui du caractère raisonnable d'un certificat doivent continuer de s'acquitter de leur charge quotidienne de travail. Elles ne sont pas habituées à témoigner et elles se présentent devant la Cour avec tout leur acquis professionnel. Plus important encore, en l'espèce, les avocats des témoins n'ont pas eu accès à des renseignements qui leur auraient permis de donner à leurs clients des conseils juridiques adéquats.

[45] Cette situation est inacceptable. Le SCRS doit s'assurer que les témoins qu'il appelle à déposer sont convenablement renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter. Des avocats doivent les préparer minutieusement, et leurs avocats et eux-mêmes doivent avoir accès à toutes les données factuelles dont ils ont besoin. Ces témoins, en outre, doivent disposer de

they are asked to make important decisions about the proceeding.

[46] From the evidence presented to this Court in June and July 2009, it appears that a handful of CSIS employees were asked to make important decisions for the purposes of this proceeding (such as deciding on the content of a human source matrix) without proper advice or support.

[47] This lack of support and the institutional concern over releasing human source information, even to its legal counsel and persons asked to testify in support of certificate proceedings, led, in part, to the non-disclosure of information that goes to the reliability of a human source relied on by CSIS to support its case against Mr. Harkat.

[48] This Court has, in an earlier order, recognized the importance of human source information to Canada's national security and the need to protect the identity of sources (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, at paragraph 24). The importance of human sources to intelligence gathering is not in question. However, when human source information is used to support serious allegations against an individual, the Court and the special advocates must be able to effectively test the credibility and reliability of that information. This is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in the *Charkaoui* decisions (see: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui 1*); and *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui 2*)) and with the legislative purpose underpinning the amendments providing for the appointment of special advocates. To conform to the law, CSIS and the Ministers must give the Court all of the information necessary to test the credibility of the source and not just the information that a witness, trained as an intelligence officer, considers operationally necessary.

l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance.

[46] Il semble, d'après la preuve présentée à la Cour en juin et juillet 2009, qu'un petit nombre d'employés du SCRS ont eu à prendre d'importantes décisions pour les besoins de la présente instance (notamment quant à la teneur de la matrice sur la source humaine), sans bénéficier des conseils ou d'un appui adéquats.

[47] Cette absence de soutien, ainsi que la crainte du SCRS en tant qu'institution de divulguer des renseignements sur des sources humaines, même à ses propres avocats et aux personnes appelées à témoigner à l'appui du caractère raisonnable du certificat, ont été la cause, en partie du moins, de la non-divulgaration de renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine sur laquelle le SCRS s'est appuyé pour établir le bien-fondé de ses prétentions contre M. Harkat.

[48] Dans une ordonnance antérieure (*Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, au paragraphe 24), la Cour a reconnu l'importance pour la sécurité nationale du Canada des renseignements provenant de sources humaines, ainsi que la nécessité de protéger l'identité de ces sources. L'importance des sources humaines pour l'obtention de renseignements n'est pas mise en cause. Toutefois, lorsqu'on invoque des renseignements provenant de sources humaines à l'appui de graves allégations portées contre une personne, la Cour et les avocats spéciaux doivent être en mesure de bien vérifier la crédibilité et la fiabilité de ces renseignements. Cela est conforme à ce qu'a décidé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui* (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui 1*); et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui 2*)), ainsi qu'à l'objectif législatif visé par les modifications prévoyant la nomination d'avocats spéciaux. Pour se conformer à la loi, le SCRS et les ministres doivent transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source, et pas seulement l'information qu'un témoin, ayant une formation d'agent de renseignements, juge nécessaire de divulguer sur le plan opérationnel.

[49] CSIS must also ensure that nothing prevents its legal counsel from fulfilling his role as legal advisor to CSIS or his ability to act as officer of the Court. A lawyer has an obligation to represent his client to the utmost subject to an overriding duty to the Court and to the administration of justice. Without access to all the information available, counsel is unable to effectively advise his or her client and is unable to ensure that the administration of justice is being served. It is also clear that despite his best efforts, counsel for CSIS has been overwhelmed by the magnitude of this file. Adequate administrative and legal resources must be dedicated to these complex and time-consuming files.

[50] The evolution of the security certificate proceeding post *Charkaoui 1* and *Charkaoui 2* requires the Ministers to adapt to the requirements of the law as propounded by the Supreme Court of Canada and as set out by Parliament. Counsel representing the Ministers must thoroughly understand the evolving jurisprudence and law and be able to adequately prepare CSIS employees who have been asked to appear as witnesses before the Court. The rule of law cannot be set aside because of a lack of time, resources or institutional resistance to the evolving context of security certificate proceedings. CSIS employees must now testify in Court in the presence of special advocates. This is the new reality. The evidence of these witnesses must be given keeping in mind the rule of law, the judicial process, the role of special advocates and the obligation to ensure that their testimony is frank and transparent.

[51] The Ministers' decision in relation to what evidence must be adduced should not be left in the hands of a legally inexperienced witness. A process must be put in place to ensure that decisions are made after a proper consultation with all stakeholders and upon receipt of legal advice. Such a process must be followed by the institution and its employees.

[49] Le SCRS doit également s'assurer que rien n'empêche son avocat de bien s'acquitter auprès de lui de son rôle de conseiller juridique, et de bien agir comme auxiliaire de la Cour. Un avocat a l'obligation de faire tout en son pouvoir pour représenter au mieux son client, sous réserve toutefois de son devoir prédominant envers la Cour et la bonne administration de la justice. Faute d'avoir accès à toute l'information disponible, un avocat ne peut conseiller judicieusement son client, ni s'assurer d'agir dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il est également manifeste que, même s'il a fait de son mieux, l'avocat du SCRS a été dépassé par l'ampleur du présent dossier. Des ressources administratives et juridiques suffisantes doivent être mises à contribution pour pareil dossier qui est si complexe et qui requiert tant de temps.

[50] Au vu de l'évolution de la procédure pour les certificats de sécurité qui a suivi les arrêts *Charkaoui 1* et *Charkaoui 2*, les ministres doivent s'adapter aux exigences du droit que la Cour suprême du Canada a proposées et que le législateur a énoncées. L'avocat qui représente les ministres doit connaître parfaitement la jurisprudence et la loi en évolution constante, et pouvoir bien préparer les employés du SCRS appelés à témoigner devant la Cour. La primauté du droit ne peut être écartée en raison d'un manque de temps ou de ressources, ou parce qu'une institution offre de la résistance face à l'évolution de la procédure applicable aux certificats de sécurité. Des employés du SCRS doivent désormais témoigner devant la Cour en présence d'avocats spéciaux. Telle est la réalité nouvelle. Lorsque ces témoins déposent, il faut que soient pris en compte la primauté du droit, les impératifs du processus judiciaire, le rôle qu'ont à jouer les avocats spéciaux et la nécessité de s'assurer que les dépositions sont empreintes de franchise et de transparence.

[51] La décision incombant aux ministres quant au choix des éléments de preuve à produire ne doit pas être laissée entre les mains d'un témoin sans formation juridique. Une procédure devra être instaurée pour s'assurer que les décisions sont prises après que tous les intéressés ont été convenablement consultés et que des conseils juridiques ont été dûment obtenus. Cette procédure devra être suivie tant par l'institution que par ses employés.

Remedy

[52] On May 27, 2009, the Court ordered the Ministers to file, on a confidential basis, the human source file of the individual to whom the polygraph was administered. This was done as a result of the Ministers' acknowledgement that they had failed to provide relevant information about the human source to the Court and the special advocates. The files of the other human source(s) who provided information relied on by the Ministers in support of the certificate were not covered by the May 27, 2009 order.

[53] In this proceeding, which was commenced at the initiative of the Court, the special advocates are seeking a remedy under subsection 24(1) of the Charter. Subsection 24(1) provides:

Enforcement
of guaranteed
rights and
freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[54] More specifically, the special advocates seek the exclusion of any information provided by the human source who was subjected to the polygraph. It is the opinion of the special advocates that this remedy is necessary given the damage to the integrity of the justice system that has resulted from the failure of CSIS to disclose relevant information to the Court and to the special advocates.

[55] The Attorney General of Canada opposes the remedy sought by the special advocates since, in his submission, the evidence does not support a conclusion that damage has been done to the integrity of the justice system. He also notes that a remedy was given when the Court ordered the disclosure of one human source file to the special advocates on May 27, 2009. For the Attorney General, such an order is a "severe sanction".

[56] The special advocates summarized their position at paragraph 26 of their written submissions filed August 27, 2009:

Réparation

[52] Le 27 mai 2009, la Cour a ordonné aux ministres de déposer le dossier de la source humaine, sous le sceau de la confidentialité, concernant la personne qui avait subi le test polygraphique. Cette ordonnance faisait suite à la reconnaissance par les ministres de leur omission de fournir à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements utiles relatifs à la source humaine. Les dossiers des autres sources humaines ayant fourni des renseignements invoqués par les ministres à l'appui du certificat n'étaient pas visés par l'ordonnance du 27 mai 2009.

[53] Dans la présente procédure, instituée à l'initiative de la Cour, les avocats spéciaux cherchent à obtenir réparation en application du paragraphe 24(1) de la Charte qui prévoit :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Recours en cas
d'atteinte aux
droits et libertés

[54] Plus particulièrement, les avocats spéciaux demandent que soit exclu tout renseignement fourni par la source humaine qui a été soumise au test polygraphique. Cette réparation est nécessaire, selon eux, vu l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire qu'a entraîné le défaut du SCRS de leur divulguer ainsi qu'à la Cour des renseignements utiles.

[55] Le procureur général du Canada s'oppose à ce que soit accordée la réparation demandée par les avocats spéciaux, en faisant valoir que la preuve ne permet pas de conclure que l'intégrité du système judiciaire a subi une atteinte. Il fait également remarquer qu'une réparation a déjà été accordée lorsque, le 27 mai 2009, la Cour a ordonné la communication aux avocats spéciaux du dossier d'une source humaine. Selon le procureur général, une telle ordonnance constitue une « grave sanction ».

[56] Les avocats spéciaux ont résumé leur position, comme suit, au paragraphe 26 de leurs observations écrites déposées le 27 août 2009 :

The primary position of the special advocates is that the failure to disclose all of the information about the human source to the Court and Special Advocates has had a profound effect on the integrity of the justice system.... It is submitted that the failure to disclose in this proceeding should result in the Court's refusal to admit and/or rely upon any information given by the human source in question whether the failure to disclose results from systemic or individual error or whether the failure to disclose was intentional or not. No other remedy will repair the damage done to the integrity of the justice system.

[57] The special advocates assert that Mr. Harkat's section 7 of the Charter rights have been infringed by the Ministers' failure to disclose the polygraph information. They submit, after referring to the requirements of procedural justice as set out in the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui 1* that: "Within one year of the decision, the State again violated Mr. Harkat's s. 7 rights by its failure to disclose all of the information about the human source" (see paragraph 22 of the submissions of special advocates, August 27, 2009). No further evidence was submitted to support this allegation.

[58] I find that this assertion is insufficient to find that Mr. Harkat's rights as guaranteed by the Charter have been violated and, that consequently, subsection 24(1) is not engaged. I also note that the polygraph information was disclosed to the Court prior to the commencement of Mr. Harkat's public evidence on the reasonableness of the certificate and prior to the special advocates' cross-examination of any witnesses in relation to the reasonableness in closed proceedings.

[59] That said, I find that the failure of CSIS, and of its witnesses, to act in accordance with the obligation of utmost good faith recognized in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paragraphs 153–154 has undermined the integrity of this Court's process.

[60] Even more damaging to the integrity of this Court's process is the failure to observe the principle of utmost good faith where CSIS has invoked the covert intelligence human source privilege recognized in *Harkat (Re)*, 2009

[TRANSDUCTION] La position des avocats spéciaux, essentiellement, c'est que le défaut de leur avoir divulgué, ainsi qu'à la Cour, tous les renseignements concernant la source humaine a eu d'importantes répercussions sur l'intégrité du système judiciaire [...] Selon nous, le défaut de divulgation en l'instance devrait entraîner le refus par la Cour d'admettre tout renseignement fourni par la source humaine en cause, ou de se fonder sur tout pareil renseignement, que le défaut ait résulté d'une erreur systémique ou individuelle, et qu'il ait ou non été intentionnel. Aucune autre réparation ne saurait corriger l'atteinte portée à l'intégrité du système judiciaire.

[57] Les avocats spéciaux affirment que le défaut des ministres de divulguer les renseignements liés au test polygraphique ont enfreint les droits garantis à M. Harkat par l'article 7 de la Charte. Ils soutiennent, en faisant valoir les exigences de la justice procédurale énoncées dans l'arrêt *Charkaoui 1* de la Cour suprême du Canada, que [TRANSDUCTION] « [d]ans l'année qui a suivi cet arrêt, l'État a de nouveau violé les droits garantis par l'article 7 à M. Harkat en omettant de divulguer tous les renseignements concernant la source humaine » (se reporter au paragraphe 22 des observations du 27 août 2009 des avocats spéciaux). Aucun autre élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cette allégation.

[58] À mon avis, cette seule affirmation ne suffit pas pour conclure que les droits garantis à M. Harkat par la Charte ont été violés, et par conséquent, le paragraphe 24(1) ne reçoit pas application. Je désire aussi souligner que les renseignements liés au test polygraphique ont été divulgués à la Cour avant que ne débute la présentation de la preuve publique de M. Harkat quant au caractère raisonnable du certificat, et que les avocats spéciaux n'ont pas encore contre-interrogé des témoins à huis clos quant à la question du caractère raisonnable.

[59] Cela dit, je conclus que le défaut du SCRS, et de ses témoins, de se conformer à l'obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue reconnue dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, aux paragraphes 153 et 154, a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour.

[60] Ce qui a porté encore davantage atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour, c'est le défaut du SCRS d'avoir agi avec la bonne foi la plus absolue lorsqu'il a fait valoir le privilège relatif aux sources

FC 204, to protect the identity of a human source [at paragraph 31]:

Covert human intelligence sources are given absolute promises that their identity will be protected. These assurances not only foster long-term, effective relationships with the sources themselves, but increase, exponentially, the chances for success of future intelligence investigations. Confidentiality guarantees are essential to the Service's ability to fulfill its legislative mandate to protect the national security of Canada while protecting the source from retribution. It also encourages others to come forward with essential information that would not otherwise be available to the Service. The relationship between the Service and the source as well as the identity of the source is protected by a covert human intelligence source privilege.

[61] This covert human intelligence source privilege goes to the heart of our national security apparatus. However, the law requires that CSIS reconcile its obligation to disclose all relevant information, frankly and fully, with its legitimate operational requirement to protect the confidentiality of its human sources. By failing to make full and frank disclosure, CSIS and the Ministers do not protect the confidentiality of their human sources: they put it at risk.

[62] The failure of CSIS and its witnesses to disclose the polygraph information has seriously damaged confidence in the current system. A judge, not the Ministers, is charged with determining the reasonableness of a security certificate pursuant to section 78 of the IRPA. With the coming into force of Bill C-3 [*An act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to Another Act*, S.C. 2008, c. 3], special advocates are appointed by the Court to protect Mr. Harkat's interests by among other things, testing the reliability of the information that is heard in closed proceedings. That is the law as set out in Division 9 [of Part 1] of the IRPA. The Ministers and CSIS intelligence officers may have their own views as to the reliability of the human source information but they may not impose

humaines secrètes de renseignement reconnu dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, pour protéger l'identité d'une source humaine [au paragraphe 31] :

Les sources humaines secrètes de renseignement reçoivent la garantie absolue que leur identité sera protégée. Cette garantie non seulement favorise la collaboration efficace à long terme avec les sources en cause, mais aussi augmente d'une façon exponentielle les chances de succès des enquêtes ultérieures en matière de renseignement. Les garanties de confidentialité sont essentielles pour que le Service soit en mesure de s'acquitter de son mandat législatif de protéger la sécurité nationale du Canada tout en protégeant la source contre les représailles. La protection offerte encourage également d'autres personnes à divulguer des renseignements décisifs qui seraient autrement inaccessibles au Service. La collaboration entre le Service et la source ainsi que l'identité de cette dernière sont donc protégées par un privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

[61] Ce privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement est un élément essentiel de notre système de sécurité nationale. Le droit requiert toutefois que le SCRS concilie son obligation de divulguer tous les renseignements utiles, de manière complète et fidèle, avec le besoin légitime au plan opérationnel de protéger la confidentialité de ses sources humaines. Or, en ne procédant pas à une divulgation complète et fidèle, le SCRS et les ministres ne protègent pas la confidentialité de leurs sources humaines; ils mettent plutôt celle-ci en danger.

[62] Le défaut du SCRS et de ses témoins de divulguer les renseignements liés au test polygraphique a gravement miné la confiance dans le système actuel. En vertu de l'article 78 de la LIPR, c'est à un juge qu'il incombe, et non aux ministres, de décider du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité. Depuis l'entrée en vigueur du projet de loi C-3 [*Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3], des avocats spéciaux ont été nommés par la Cour pour défendre les intérêts de M. Harkat, notamment en vérifiant la fiabilité des renseignements entendus à huis clos. C'est là la règle de droit établie à la section 9 [de la Partie 1] de la LIPR. Les ministres et les agents de renseignements du SCRS peuvent très bien avoir leur propre opinion sur la fiabilité des renseignements de la source humaine,

that view by limiting the information provided to the Court and the special advocates.

[63] How can this damage be repaired? Is there an appropriate remedy? In the opinion of the Court, there is such a remedy which may be granted in addition to the measures that have already been taken by the Court (*Harkat (Re)*, 2009 FC 204; and *Harkat (Re)*, 2009 FC 553) and those taken by the Attorney General and CSIS to insure that such a situation will not happen again (see letters dated May 26 and June 4, 2009).

[64] Notwithstanding all of this, the Court must still determine whether the certificate naming Mr. Harkat is reasonable or not. To reach such a decision, this Court must, among other things, determine the credibility to be given to witnesses, the weight to be given to the evidence presented by all parties, the importance or not of expert evidence. The Court must have all of the relevant information to adjudicate the reasonableness of the certificate.

[65] To proceed as though this situation had not occurred is impossible. Evidence of a failure to disclose relevant evidence which may negatively affect the Court's determination of the reliability of a human source has been put before the Court. The explanations provided by the three witnesses have not convinced the Court that all of the relevant evidence is before it. Indeed, the evidence before the Court leads to the conclusion that the information filed in support of the certificate by the Ministers has been "filtered" and that undertakings made to the Court have not been fulfilled.

[66] Filtering evidence, even with the best of intentions, is unacceptable. Failing to properly fulfill undertakings made to a court of law is equally unacceptable.

[67] And so, the Court is currently faced with a situation in which the integrity of its processes has been undermined.

[68] Had the polygraph information never come to the attention of the Court, there is a real risk that Mr. Harkat would have suffered a flagrant denial of procedural

mais ils ne peuvent imposer cette opinion en restreignant les renseignements fournis à la Cour et aux avocats spéciaux.

[63] Comment le dommage causé peut-il être réparé? Existe-t-il une réparation appropriée? Selon la Cour, il existe une telle réparation, qui peut être accordée en sus des mesures qu'elle a déjà prises (*Harkat (Re)*, 2009 CF 204; *Harkat (Re)*, 2009 CF 553) et des mesures prises par le procureur général et le SCRS pour s'assurer que pareille situation ne se reproduise pas (se reporter aux lettres du 26 mai et du 4 juin 2009).

[64] Malgré tout, la Cour doit toujours établir si le certificat désignant M. Harkat est raisonnable ou non. Pour en arriver à une telle décision, la Cour doit, notamment, décider de la crédibilité des témoins, de la force à attribuer à la preuve présentée par chacune des parties et de l'importance relative de la preuve d'expert. La Cour doit disposer de tous les renseignements utiles pour décider du caractère raisonnable du certificat.

[65] Procéder comme si la situation en cause ne s'était pas produite s'avère impossible. La Cour est saisie de la preuve d'un défaut de divulgation d'éléments de preuve pertinents pouvant influencer défavorablement sur sa décision quant à la fiabilité d'une source humaine. Les explications avancées par les trois témoins n'ont pas convaincu la Cour qu'elle était saisie de toute la preuve pertinente. En effet, la preuve présentée à la Cour conduit à conclure que l'information produite par les ministres à l'appui du certificat a été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'ont pas été respectés.

[66] Filtrer la preuve, même en étant animé des meilleures intentions, n'est pas acceptable. Ne pas respecter comme il convient les engagements pris envers une cour, cela n'est pas davantage acceptable.

[67] Ainsi, la Cour se trouve confrontée à une situation d'atteinte portée à l'intégrité de sa procédure.

[68] Si les renseignements liés au test polygraphique n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour, il y a un fort risque, en outre, qu'une atteinte flagrante à l'équité

justice. In the May 27, 2009 order (*Harkat (Re)*, 2009 FC 553) the acknowledgment that the Ministers failed to disclose the information was found to meet the threshold for setting aside the human source privilege as set out in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204. I find that, on the facts before me now, a similar justification exists for setting aside that privilege as it relates to another covert human intelligence source relied on by the Ministers in the exceptional circumstances of this proceeding.

[69] Consequently, in these exceptional circumstances, the Court has determined that it is necessary to order the production of the files of another human source relied on by the Ministers in this proceeding. This order is made as a result of the evidence heard in this collateral proceeding, and pursuant to the Court's inherent power to ensure the integrity of its processes: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paragraphs 78, 79, 80 and 88. More specifically, it is being made pursuant to this Court's residual power to compel the production of all relevant documents: *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289 (C.A.), at paragraph 14.

[70] Such an order will ensure that there is no further concern in relation to the special advocates' ability to fully test the evidence; it is necessary to repair the damage done to the administration of justice and to reestablish the necessary climate of trust and confidence which must be present in such an exceptional legal procedure. I note however, that production of the human source file remains subject to the strict limits recognized in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204. More specifically, the file is to be provided only to the Court and to the special advocates. In no circumstances will this file be given to Mr. Harkat, his counsel, or to the public.

[71] At the risk of being repetitive, the non-disclosure of the polygraph information created exceptional circumstances in this proceeding. There are several important steps remaining before a judgment on the reasonableness of the certificate can be made. Mr. Harkat

procédurale aurait été commise à l'endroit de M. Harkat. Dans l'ordonnance du 27 mai 2009 (*Harkat (Re)*, 2009 CF 553), on a conclu que la reconnaissance par les ministres de leur défaut de divulgation de renseignements satisfaisait au critère, énoncé dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, permettant d'écarter le privilège relatif aux sources humaines. Je conclus qu'il est de même justifié, au vu des faits dont je suis saisi, d'écarter ce privilège relativement à une autre source humaine secrète de renseignements sur laquelle les ministres se sont fondés dans la situation exceptionnelle qui nous occupe en l'instance.

[69] La Cour a donc conclu que, dans cette situation exceptionnelle, il était nécessaire d'ordonner la production des dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés en l'instance. La présente ordonnance est rendue sur la foi de la preuve entendue dans la présente instance accessoire, et du pouvoir inhérent dont dispose la Cour de préserver l'intégrité de sa procédure (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, aux paragraphes 78, 79, 80 et 88). Plus particulièrement, l'ordonnance se fonde sur le pouvoir résiduel de la Cour de contraindre la production de tous les documents pertinents (*Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289 (C.A.), au paragraphe 14).

[70] Une telle ordonnance dissipera toute inquiétude quant à la capacité des avocats spéciaux de vérifier pleinement la preuve. Elle est également essentielle pour réparer l'atteinte portée à la bonne administration de la justice, et pour rétablir le climat de confiance qui doit régner dans le cadre d'une procédure judiciaire aussi exceptionnelle. Je désire souligner, toutefois, que les strictes limites reconnues dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, demeurent applicables à la production du dossier de la source humaine. Pour être plus précis, le dossier ne devra être remis qu'à la Cour et aux avocats spéciaux. En aucune circonstance le dossier ne devra-t-il être divulgué à M. Harkat, à son avocat, non plus qu'au public.

[71] Au risque de me répéter, la non-divulgation des renseignements liés au test polygraphique a donné lieu, en l'instance, à une situation exceptionnelle. Plusieurs étapes importantes demeurent à franchir avant que jugement puisse être rendu quant au caractère raisonnable du

has yet to lead evidence in support of his position, nor have the special advocates commenced their cross-examination of the Ministers' confidential witnesses.

[72] This remedy is designed to restore trust and confidence in this process but should not in any way undermine the covert human source intelligence privilege. Access is granted in the exceptional circumstances of this file which include an acknowledgement by CSIS that it has failed to meet its obligations of utmost good faith, and evidence that evidence has been filtered and undertakings left unfulfilled. To avoid similar orders being issued in the future, the Ministers must ensure that the source matrices they provide to the Court include all information, supportive or not, related to the reliability of human sources. The circumstances of this proceeding are exceptional and hopefully will never recur. If proper care is taken in the preparation of the source matrix, the instances in which this Court will find it necessary to give access to a human source file in the future will be greatly limited.

[73] As a final matter, the evidence of the polygraphist provided the Court with a significant amount of information concerning the methodology and evaluation of polygraph information. Given the negative conclusions drawn by the witness concerning the manner in which the polygraph was administered and assessed, the Court has determined that none of the information concerning the polygraph administered to the human source will be given weight in this proceeding. This finding does not foreclose the special advocates from using the information for the purposes of their cross-examination.

[74] With the resolution of this issue the Court may now continue with its primary function, namely, the determination of the reasonableness of the security certificate. Closed hearings into the reasonableness will begin in mid-November 2009; the public portion of these proceedings will be held in January and February 2010. It is in the interests of justice and in the interests of Mr. Harkat that the reasonableness of the certificate be

certificat. Il reste toujours à M. Harkat à présenter une preuve à l'appui de sa thèse, et les avocats spéciaux n'ont pas encore commencé à contre-interroger les témoins secrets des ministres.

[72] La réparation accordée vise à rétablir la confiance dans le processus, mais elle ne doit d'aucune manière porter atteinte au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. L'accès au dossier est accordé en raison d'une situation exceptionnelle, où notamment le SCRS a reconnu ne pas s'être acquitté de son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue, et une preuve a montré que des éléments de preuve avaient été filtrés et que des engagements n'avaient pas été respectés. Pour que pareilles ordonnances ne soient pas délivrées à l'avenir, les ministres devront s'assurer que les matrices sur les sources qu'ils fournissent à la Cour renferment tous les renseignements, qui leur sont ou non favorables, se rapportant à la fiabilité des sources humaines. La situation est exceptionnelle en l'instance et, on l'espère, ne se reproduira jamais. Si l'on fait preuve de vigilance en établissant les matrices sur les sources, il y aura très peu de cas dans l'avenir où la Cour estimera nécessaire de donner accès au dossier d'une source humaine.

[73] Pour finir, la déposition du polygraphiste a fourni à la Cour beaucoup d'information sur la méthode utilisée à l'égard des renseignements liés au test polygraphique et sur leur évaluation. Étant donné les conclusions défavorables tirées par le témoin quant au mode d'administration et d'évaluation du test polygraphique, la Cour a établi qu'aucune valeur probante ne devra être reconnue en l'instance aux renseignements concernant le test polygraphique administré à la source humaine. Cette conclusion ne doit toutefois pas empêcher les avocats spéciaux d'utiliser ces renseignements aux fins de leurs contre-interrogatoires.

[74] La question à l'étude étant réglée, la Cour peut maintenant continuer de s'acquitter de sa tâche première, à savoir décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité. L'audience à huis clos portant sur le caractère raisonnable du certificat débutera à la mi-novembre 2009; la partie publique de l'instance se déroulera en janvier et février 2010. Il est dans l'intérêt de la justice et dans l'intérêt de M. Harkat qu'il soit statué de la

determined as expeditiously as possible subject only to the overarching requirements of fairness.

manière la plus expéditive possible sur le caractère raisonnable du certificat, sous réserve uniquement du respect des exigences fondamentales de l'équité.

ORDER

ORDONNANCE

THEREFORE, THIS COURT ORDERS:

PAR CONSÉQUENT, LA COUR ORDONNE :

- The human source file concerning another covert human intelligence source whose information is relied on to support the allegations made against Mr. Harkat will be filed with the designated proceedings Registry within five days from the date of this order, in three unredacted copies so that it can be reviewed by the Court and by the special advocates.

- Le dossier concernant une autre source humaine secrète de renseignements dont les renseignements étayent les allégations portées contre M. Harkat sera déposé dans les cinq jours de la date de la présente ordonnance au greffe des instances désignées, en trois copies non expurgées, de manière à ce que la Cour et les avocats spéciaux puissent les examiner.

APPENDIX 1

ANNEXE 1

[TRANSLATION]



Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-1345

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-134

May 26, 2009

Le 26 mai 2009

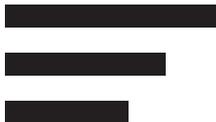
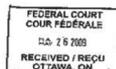
BY HAND

EN MAINS PROPRES

Ms. Nancy Allen
Registrar
Designated Proceedings
Federal Court

Mme Nancy Allen
Greffière
Instances désignées
Cour fédérale

~~TOP SECRET~~



Dear Ms. Allen:

RE: Mohamed HARKAT, Court File No: DES-5-08

Please bring this letter to the attention of Justice Noël.

I am writing to advise the Court of three matters: first, that the Ministers have important information to provide concerning a polygraph test that was done on Human Source [REDACTED]; second, to provide a confirmation that the Minister of Public Safety was informed of the foreign agency position; and third, to provide a response to the Court's request that the CSIS executive reconsider the position of not returning to foreign agencies to lift their caveats.

[REDACTED] Polygraph Information

On September 10, 2008 the Ministers filed the Security Intelligence Report (SIR) concerning Mohamed Harkat at the closed hearings. The SIR was supported by four volumes of reference material as well as a separate document on human sources used in the SIR. This document, referred to as the source matrix, was filed on the Court's record as Ministers' Exhibit "A" during the closed proceedings on September 10, 2008.

The source matrix contains a description and history of the human sources used in the Harkat SIR. The source matrix is designed to provide a frank view of the human source,

Canada 

-2-

~~TOP SECRET~~

with both positive and negative information included, in order to assist the Court in making a fair assessment of the source's credibility and the reliability of the information they have provided. The source matrix is also provided to the Special Advocates to allow them to fulfill their duties in challenging the Ministers' case against Mr. Harkat. Furthermore, the

OBJET : Mohamed HARKAT, Dossier de la Cour DES-5-08

M^{me} Allen,

Veillez porter la présente lettre à l'attention du juge Noël.

Je vous écris pour informer la Cour de trois questions : premièrement, pour l'aviser que les ministres ont d'importants renseignements à transmettre au sujet d'un test polygraphique qui a été administré à la source humaine [REDACTED]; deuxièmement, pour confirmer que le ministre de la Sécurité publique a été informé de la position de l'agence étrangère; troisièmement, pour répondre à la demande faite par la Cour à la haute direction du SCRS de réexaminer leur volonté de ne pas communiquer avec les agences étrangères pour écarter leurs motifs d'opposition.

Renseignements liés au test polygraphique administré à [REDACTED]

Le 10 septembre 2008, les ministres ont déposé à l'audience à huis clos le Rapport sur les renseignements de sécurité (le RRS) concernant Mohamed Harkat. Le RRS était étayé de quatre volumes de documentation ainsi que d'un document distinct traitant des sources humaines ayant servi à établir le RRS. Le 10 septembre 2008, ce document, désigné la matrice sur les sources, a été versé au dossier de la Cour, à titre de pièce A à l'appui, par les ministres dans le cadre de l'instance à huis clos.

La matrice sur les sources renferme une description des sources humaines ayant servi à établir le RRS de M. Harkat et de l'historique de cette question. L'objet de la matrice est de donner une image fidèle de la source humaine en cause, en présentant tant les renseignements favorables que défavorables, afin d'aider la Cour à évaluer équitablement la crédibilité de la source et la fiabilité de ses renseignements. La matrice est également transmise aux avocats spéciaux pour les aider à s'acquitter de leur obligation de contester la thèse des ministres contre M. Harkat. Il incombe en outre aux ministres de s'assurer du caractère complet et équitable de la matrice sur les sources; cette obligation est énoncée comme suit par la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] A.C.S. n° 73 (au paragraphe 27) :

Ministers are under an obligation to ensure that the source matrix is fair and complete and the observation of the Supreme Court on this obligation in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] S.C.J. No. 73, at paragraph 27, is apposite:

In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representation that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse interest of that party may be withheld...

In the Harkat case, there is a section in the source matrix that evaluates [REDACTED] and is based on information from CSIS. In particular, the section [REDACTED] contains a description of a polygraph examination that was conducted on [REDACTED] in 2002 and the results of that examination. This information is at page 16 of Exhibit “A” and reads as follows:

POLYGRAPH TESTING

These issues cast suspicion on [REDACTED] loyalty to the Service and raised questions as to [REDACTED] activities and associations, [REDACTED]. As a result, in 2002, the Service conducted a polygraph examination of the source

The polygraph charts were reviewed by an independent [REDACTED] resource who determined that [REDACTED] was truthful when stating that he was not involved with other agencies and militant organizations.

The Service has recently become aware that important information regarding [REDACTED] polygraph results were not provided to the Court and the Special Advocates. That information regarding the results of the polygraph was incomplete and should have contained the following:

1. In 2002, a polygraph was conducted on [REDACTED] was asked [REDACTED] relevant questions and the polygraph examiner determined that [REDACTED] had been untruthful on these questions. A copy of this report

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l’obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt.

Dans l’affaire Harkat, on évalue [REDACTED] dans une partie de la matrice en se fondant sur des renseignements provenant du SCRS. La section [REDACTED] renferme plus particulièrement la description d’un test polygraphique qu’on a fait subir à [REDACTED] en 2002 ainsi que les résultats de ce test. L’information à ce sujet figure, comme suit, à la page 16 de la pièce A :

[TRADUCTION]

TEST POLYGRAPHIQUE

Ces éléments font douter de la loyauté de [REDACTED] envers le Service et nous ont fait nous interroger sur les activités et les fréquentations de [REDACTED]. En 2002, par conséquent, le Service a fait passer un test polygraphique à la source.

Un spécialiste indépendant [REDACTED] a analysé les graphiques et établi que [REDACTED] s’exprimait avec franchise lorsqu’il a déclaré ne pas être membre d’autres agences non plus que d’organisations militantes.

Le Service s’est récemment rendu compte que d’importants renseignements concernant les résultats du test polygraphique de [REDACTED] n’avaient pas été transmis à la Cour ni aux avocats spéciaux. Les renseignements communiqués au sujet du test étaient incomplets; on aurait dû y divulguer ce qui suit :

1. En 2002, [REDACTED] a subi un test polygraphique et s’est fait poser des questions pertinentes [REDACTED]; l’examineur a conclu que [REDACTED] n’avait pas répondu avec franchise à ces questions. Une copie de ce

is enclosed. One copy had been prepared in order for the Court and one for the Special Advocates. The Special Advocates' copy has a short redaction to protect the identity of [REDACTED].

rapport est jointe aux présentes. On a préparé une copie pour la Cour et une pour les avocats spéciaux, la copie des avocats spéciaux étant légèrement expurgée de manière à protéger l'identité de [REDACTED].

-3-

~~TOP SECRET~~

2. In 2008, the polygraph results were sent for an independent [REDACTED] assessment to a different polygraph examiner. (This independent assessment is what is referred to in the current source matrix noted above.) The examiner in 2008 reviewed the polygraph results only and determined that [REDACTED] had been truthful on [REDACTED] of the relevant questions and the results were inconclusive on the [REDACTED] relevant questions. A copy of this report (Court and Special Advocate copy) is enclosed.

2. En 2008, les résultats du test polygraphique ont été transmis à un nouvel examinateur en vue d'une évaluation indépendante de [REDACTED]. (Cette évaluation indépendante est celle dont il est question dans l'actuelle matrice sur les sources susmentionnée.) L'examineur de 2008 a uniquement passé en revue les résultats du test polygraphique, et il a conclu que [REDACTED] avait répondu avec franchise à [REDACTED] questions pertinentes et que les résultats n'étaient pas concluants quant à [REDACTED] questions pertinentes. Copie de ce rapport (la copie de la Cour et des avocats spéciaux) est jointe aux présentes.

It is clear that the Court and Special Advocate should have been made aware of the complete results of the polygraph examinations and the failure to do so is a serious matter. The Service is investigating why this information was not provided and will report to the Court as soon as the investigation is complete. A Service witness at the senior management level is available to answer any questions the Court may have in regards to this omission of information. In addition, the Service has reviewed [REDACTED] human source files and will make them available to the Court, and if the Court so directs, to the Special Advocates.

Il est clair que la Cour et les avocats spéciaux auraient dû être informés des résultats complets des examens polygraphiques et l'omission de les informer est un problème grave. Le Service enquête pour savoir pourquoi ces renseignements n'ont pas été fournis et fera rapport à la Cour dès que l'enquête sera terminée. Un témoin, haut gestionnaire du Service, pourra répondre à toute question que la Cour voudra bien poser au sujet de cette non-divulgaration de renseignements. En outre, le Service a passé en revue les dossiers des sources humaines [REDACTED], qu'il mettra à la disposition de la Cour et, si celle-ci l'ordonne, aux avocats spéciaux.

Foreign Agency Issue

On May 21, 2009, the Court directed that it receive written confirmation that the Minister of Public Safety was consulted on the issue of returning to foreign agencies to lift their caveats. In addition, the Court requested that the CSIS executive reconsider the position that CSIS would not be returning to the foreign agencies in light of a change in circumstances. The Court observed that foreign agency position was predicated on a blanket request to return to all foreign agencies to release all their information. The Court pointed out that the facts were now different as the Special Advocates had tailored their request to specific pieces of information [REDACTED]. In addition, the Special Advocates were not seeking attribution of the particular agencies and the information could be provided

Question des agences étrangères

Le 21 mai 2009, la Cour a ordonné qu'on lui confirme par écrit que le ministre de la Sécurité publique avait été consulté quant à la question de savoir si on allait communiquer avec les agences étrangères pour écarter leurs motifs d'opposition. La Cour a en outre demandé à la haute direction du SCRS de réexaminer sa volonté, vu un changement de situation, de ne pas communiquer avec les agences étrangères. La Cour a fait remarquer que la position adoptée par les agences étrangères venait de ce qu'une demande générale avait été faite qu'on les contacte pour qu'elles divulguent tous les renseignements à leur disposition. La Cour a souligné que la situation était maintenant différente, les avocats spéciaux ayant désormais ciblé dans leur demande des éléments d'information particuliers

in summary form. Given this change of circumstances, the Court asked that the CSIS executive reconsider its position on this issue on an urgent basis.

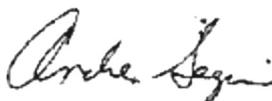
I can confirm that the issue of returning to foreign agencies was previously discussed with the Minister of Public Safety. I can also advise that the Service has given careful consideration to the request to seek consent of [REDACTED] agencies to the public disclosure of some of their information. Given the new facts in the Harkat case, and in light of the Court's comments, however, the Service is seeking instructions from both Ministers personally. It is hoped that the Ministers will provide instructions by the end of

-4-

TOU SECRET

the week. The Minister of Public Safety is out of the country, however, and it may not be possible to secure his instructions until his return.

Yours truly,



André Séguin
Counsel

Enclosure

cc: Paul Cavaluzzo, Special Advocate

Paul Copeland, Special Advocate

[REDACTED]

[REDACTED]. En outre, les avocats spéciaux ne demandaient plus qu'il soit précisé de quelle agence particulière provenaient les divers renseignements, et les renseignements pouvaient désormais être transmis sous forme de résumés. La Cour a donc demandé à la haute direction du SCRS de réexaminer sa position instamment sur cette question, compte tenu de ce changement de situation.

Je peux confirmer que la question de la communication avec les agences étrangères a déjà été abordée avec le ministre de la Sécurité publique. Je peux également vous informer que le Service a examiné avec attention la demande faite de solliciter le consentement des agences [REDACTED] en vue de la divulgation publique de certains de leurs renseignements. Étant donné les nouveaux faits survenus dans le dossier Harkat ainsi que les commentaires de la Cour, toutefois, le Service a demandé aux deux ministres qu'ils lui donnent leurs directives personnellement. On espère que les ministres auront donné leurs directives d'ici la fin de la présente semaine. Le ministre de la Sécurité publique se trouve toutefois hors du pays, et il se peut que ses directives ne puissent être obtenues avant son retour.

Veuillez agréer, Madame Allen, mes salutations distinguées.

« André Séguin »

André Séguin
Avocat

pièce jointe

c.c. : Paul Cavaluzzo, avocat spécial

Paul Copeland, avocat spécial

[REDACTED]

APPENDIX 2

ANNEXE 2

[TRADUCTION]



Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-1345

June 4, 2009

The Honourable Allan Lutfy
Chief Justice of the Federal Court
Federal Court
90 Sparks Street
Ottawa, Ontario
K1A 0H9

Dear Chief Justice:

RE: Source Matrices

On May 27, 2009, Justice Noël issued Reasons for Order in the matter of DES-5-08, in response to a letter from counsel providing new information concerning the reliability of a human source.

The information, which was significant and went to the weight to be given to the evidence of the source, was omitted from the source matrix provided to the Court and Special Advocates. Justice Noël found “this troubling situation” raised questions concerning the Service’s compliance with orders of the Court, possible prevarication by Service witnesses, and the Service’s compliance with the obligation of utmost good faith required in the context of *ex parte* proceedings.

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-134

Le 4 juin 2009

L’honorable Allan Lutfy
Juge en chef de la Cour fédérale
Cour fédérale
90, rue Sparks
Ottawa (Ontario)
K1A 0H9

OBJET : Matrices sur les sources

Monsieur le juge en chef,

Le 27 mai 2009, le juge Noël a énoncé ses motifs d’ordonnance dans l’affaire DES-5-08, en réponse à une lettre de l’avocat des ministres faisant état de nouveaux renseignements à propos de la fiabilité d’une source humaine.

On avait omis d’inclure ces renseignements, de nature importante et ayant une incidence sur la force probante à reconnaître à la preuve provenant de la source, dans la matrice sur la source transmise à la Cour et aux avocats spéciaux. Le juge Noël a conclu que cette « situation inquiétante » soulevait des questions quant au respect par le Service des ordonnances de la Cour ainsi qu’à son obligation d’agir avec la bonne foi la plus absolue dans le cadre d’une instance *ex parte*, et quant à l’éventuelle prévarication de témoins du Service.

The failure to include relevant information in the source matrix was inexcusable and is a matter of profound concern to the Service. It belies the commitment of the Service and its employees to the judicial process and their respect for the fundamental legal principles referred to in Justice Noël's Reasons for Order. To the extent "this troubling situation" has given the Court any cause to doubt the integrity of the Service's evidence and question the credibility of its employees, the Service is resolute in its determination to restore judicial confidence in that integrity and credibility.

Canada

-2-

On becoming aware of the omission of relevant information from the source matrix, counsel for the Ministers took immediate steps to advise the Court of the omission. Since then, the Service has assigned a senior Service manager to undertake a fact finding review of the circumstances surrounding the preparation of this particular source matrix, to determine how information of obvious relevance to the Court's inquiry could have been omitted from it. The Service will advise the Court of the results of the review, including any changes made to the Service's practices or policies as a result of the review.

While the issue considered by Justice Noël related to a single source matrix, the Service recognizes the omission of relevant information from this matrix may give rise to concern about the integrity of other source matrices filed in the security certificate cases currently before the Court. To address this concern, the Service is undertaking an exhaustive review of all security certificate-related human source matrices and the supporting human source files. Each matrix and its associated human source file will be reviewed by at least two experienced intelligence officers who have been charged to confirm that the matrix discloses all relevant information and that the information is presented in an accurate and balanced manner. Following this review, each source matrix will be challenged by a three-person team consisting of two senior managers, at the level of Director General or Deputy Director General, and a Department of Justice counsel.

Source matrices also figure prominently in the warrant application process, where they appear in an exhibit to the affidavit filed in support of a warrant application. Effective

Le défaut d'inclure des renseignements utiles dans la matrice sur la source était inexcusable, et c'est là un sujet de grave inquiétude pour le Service. Cela porte atteinte à l'engagement du Service et de ses employés à respecter l'intégrité du processus judiciaire, et à l'observation par eux des principes juridiques fondamentaux auxquels le juge Noël a fait allusion dans les motifs de son ordonnance. Dans la mesure où cette « situation inquiétante » a pu faire douter le moins du monde la Cour de l'intégrité de la preuve du Service ou de la crédibilité de ses employés, le Service est fermement déterminé à rétablir la confiance en cette intégrité et en cette crédibilité.

Lorsqu'il s'est rendu compte de l'omission de renseignements utiles dans la matrice sur les sources, l'avocat des ministres a veillé sans délai à en informer la Cour. Depuis lors, le Service a demandé à un de ses hauts gestionnaires de procéder à un examen des faits ayant entouré l'établissement de la matrice sur la source en cause, en vue de savoir comment avaient pu en être omis des renseignements manifestement utiles à l'examen de la Cour. Le Service fera part à la Cour des résultats de son enquête, notamment des modifications à ses pratiques ou à ses politiques qui pourront en résulter.

Alors que la question examinée par le juge Noël concernait une seule matrice sur une source, le Service sait que l'omission d'inclure dans celle-ci des renseignements utiles pourrait faire douter de l'intégrité d'autres matrices sur les sources produites dans les affaires de certificats de sécurité dont la Cour est actuellement saisie. Pour dissiper pareil doute, le Service va procéder à un examen exhaustif de toutes les matrices sur des sources humaines liées à des certificats de sécurité ainsi que des dossiers des sources humaines en cause. Les matrices et les dossiers connexes seront examinés par au moins deux agents de renseignements chevronnés, qui devront confirmer que dans chaque matrice figurent tous les renseignements utiles, et que l'information est présentée de manière exacte et impartiale. Cet examen terminé, chaque matrice sera mise à l'épreuve par une équipe de trois personnes, soit deux hauts gestionnaires du niveau d'un directeur général ou d'un directeur général adjoint, ainsi qu'un avocat du ministère de la Justice.

Les matrices sur les sources sont également d'une grande importance dans le processus de demande de mandats de perquisition, où elles figurent comme pièces jointes aux affi-

immediately, the human source matrices used on all warrant application will be challenged by Department of Justice counsel assigned to the National Security Group, the same counsel who currently challenges the factual accuracy of affidavits filed in support of warrant applications.

In addition to these immediate steps, the Service is engaged in a broader review of its practices concerning the presentation of evidence in legal proceedings generally. The omission or relevant information from the source matrix referred to by Justice Noël justifies a critical assessment of current practices and the taking of such steps as may be necessary to prevent similar occurrences, not just in relation to human source matrices but in relation to all information placed before the Court. In this regard, the Service is studying a number of options, including the need for more robust internal checks and balances as well as the possibility of employing a check and balance mechanism external to the Service. The Service will advise the Court of the steps taken as a result of this broader process review.

The Court will recall that, in relation in the warrant application process, the Director imposed what was referred to as a “moratorium” in response to a case in which the Court found the Service had failed to make full disclosure of all relevant information. Under the terms of the moratorium, an application for a warrant could only be filed where the Director was personally satisfied the proposed application fully disclosed all relevant facts. The Director, in consultation with the Deputy Attorney General and other officials, is considering the advisability of imposing a similar moratorium in relation to the filing of human source matrices. Pending the outcome of ongoing discussions and completion of the various reviews to which I have referred, the Director believes it would be premature to impose such a moratorium at this time. However, the Service will advise the Court as soon as a decision is taken on the matter.

As I indicated, the incident brought to Justice Noël’s attention is a matter of profound concern to the Service. It is one the Service is determined to address in a way that will assure the Court, Special Advocates, public counsel, parties and the public of the Service’s respect for the judicial process and its commitment to the rule of law. The Service is confident that the

davits déposés à l’appui de demandes. À compter de ce jour, les matrices sur les sources humaines utilisées pour les demandes de mandats de perquisition seront mises à l’épreuve par l’avocat du ministère de la Justice affecté auprès du Groupe de la sécurité nationale, le même avocat qui vérifie actuellement l’exactitude des faits énoncés dans les affidavits déposés à l’appui des demandes de mandats.

En plus d’avoir pris ces mesures immédiates, le Service est en train de procéder à un examen plus large de ses pratiques en matière de présentation de la preuve dans les actions en justice en général. L’omission de renseignements utiles dans la matrice sur une source dont le juge Noël a fait état justifie qu’on procède à une évaluation critique des pratiques courantes, et que soient prises les mesures nécessaires pour éviter de nouvelles omissions semblables, non seulement en ce qui concerne les matrices sur les sources humaines mais en ce qui touche tous les renseignements dont la Cour est saisie. Le Service étudie diverses options à cet égard, comme l’éventuel recours à un système de contrôle interne plus rigoureux, ou même à un système externe. Le Service tiendra la Cour informée des mesures prises par suite de ce large examen.

La Cour se rappellera qu’à l’égard du processus de demande de mandats de perquisition, le directeur a imposé ce qu’on a désigné un « moratoire » par suite d’une affaire où la Cour avait conclu que le Service avait omis de divulguer pleinement tous les renseignements pertinents. Compte tenu de ce moratoire, une demande de mandat ne pouvait être présentée que si le directeur était lui-même d’avis qu’on divulguait dans l’éventuelle demande la totalité des faits pertinents. Le directeur, en collaboration avec le sous-procureur général et d’autres fonctionnaires, est en train d’examiner s’il serait judicieux d’imposer un moratoire semblable à l’égard du dépôt de matrices sur les sources humaines. En attendant l’issue des discussions en cours et l’achèvement des divers examens que j’ai mentionnés, le directeur est d’avis qu’il serait prématuré d’imposer pour l’heure pareil moratoire. Le Service informera toutefois la Cour dès qu’une décision sera prise sur cette question.

Comme je l’ai dit, l’incident porté à l’attention du juge Noël est un grave sujet d’inquiétude pour le Service. Le Service est déterminé à s’attaquer à la question d’une manière qui assurera à la Cour, aux avocats spéciaux, aux avocats publics, aux parties et au public que le Service respecte l’intégrité du système judiciaire et son engagement envers la primauté du

steps outlined in this letter, together with those that will be taken in the coming weeks, will provide that level of assurance.

Sincerely,



Michael W. Duffy
Senior General Counsel

Id/ 53000-72-5

droit. Le Service est persuadé que les mesures ici décrites, et celles qui seront prises dans les semaines à venir, permettront d'atteindre un tel degré d'assurance.

Veillez agréer, Monsieur le juge en chef, mes salutations distinguées.

« Michael W. Duffy »

Michael W. Duffy
Avocat général principal

Id/ 53000-72-5