

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Mohamed Harkat *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, International Civil Liberties Monitoring Group, Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims), Amnesty International and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT

2014 SCC 37

File No.: 34884.

2013: October 10, 11; 2014: May 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Appellants/ Intimés au pourvoi incident*

c.

Mohamed Harkat *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Conseil canadien des avocats de la défense, Association canadienne des libertés civiles, Association du barreau canadien, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens), Amnistie internationale et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. HARKAT

2014 CSC 37

N° du greffe : 34884.

2013 : 10, 11 octobre; 2014 : 14 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger attesté que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée

constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

Evidence — Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Stay of proceedings — Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)c), d), e), h), i), 85.4(2), 85.5b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

Preuve — Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Arrêt des procédures — Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

H is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. In 2002, a security certificate was issued against H under the scheme then contained in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). The certificate declared H inadmissible to Canada on national security grounds. After a successful constitutional challenge of the then existing *IRPA* security certificate scheme and subsequent amendments to the *IRPA*, a second security certificate was issued against H and referred to the Federal Court for a determination as to its reasonableness. During the proceedings, the special advocates appointed to protect the interests of H in the closed hearings sought to obtain disclosure of the identity of human sources who provided information regarding H to the Canadian Security Intelligence Service (“*CSIS*”) as well as permission to interview and to cross-examine them. The designated judge rejected their request, finding that the common law police informer privilege should be extended to cover *CSIS* human sources. The designated judge also rejected their request to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom H was claimed to have associated. In addition, H’s request to exclude from the evidence summaries of intercepted conversations on the ground that the original recordings and notes of these conversations were destroyed pursuant to *CSIS* policy OPS-217 was refused by the designated judge. The designated judge found the security certificate scheme under the amended *IRPA* to be constitutional, and concluded that the certificate declaring H inadmissible to Canada was reasonable. On appeal, the Federal Court of Appeal upheld the constitutionality of the scheme but found that the identity of *CSIS* human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which H had not been privy, and remitted the matter to the designated judge for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

Held (Abella and Cromwell JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be dismissed. The *IRPA* scheme is constitutional. *CSIS* human sources are not protected by a class privilege. The designated judge’s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

Selon les allégations, H serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. En 2002, un certificat de sécurité a été délivré contre lui conformément au régime alors établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Selon ce certificat, H était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime de la *LIPR* relatif aux certificats de sécurité qui était alors en vigueur et les modifications subséquentes de cette loi, un deuxième certificat de sécurité a été délivré contre H et déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Au cours de la procédure, les avocats spéciaux nommés pour défendre les intérêts de H durant les audiences à huis clos ont tenté d’obtenir la divulgation de l’identité des sources humaines ayant fourni au Service canadien du renseignement de sécurité (« *SCRS* ») des renseignements relatifs à H, ainsi que l’autorisation de les questionner et de les contre-interroger. Le juge désigné a rejeté leur demande, concluant que le privilège de police devrait être élargi et s’appliquer également aux sources humaines du *SCRS*. Il a également rejeté leur demande visant à contraindre les ministres à obtenir d’organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels H se serait associé. Il a aussi rejeté la demande de H pour faire exclure de la preuve les résumés des conversations interceptées au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations avaient été détruits conformément à la politique OPS-217 du *SCRS*. Selon le juge désigné, le régime des certificats de sécurité établi par la *LIPR* modifiée est constitutionnel et le certificat attestant que H est interdit de territoire au Canada est raisonnable. En appel, la Cour d’appel fédérale a confirmé la constitutionnalité du régime, mais a conclu que l’identité des sources humaines du *SCRS* n’était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles H n’avait pas participé, et elle a renvoyé l’affaire au juge désigné pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu’il restait du dossier après l’exclusion des résumés.

Arrêt (les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie quant au pourvoi) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est rejeté. Le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Les sources humaines du *SCRS* ne sont pas protégées par un privilège générique. La conclusion du juge désigné selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable est rétablie.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.:

Constitutionality of IRPA Scheme

The impugned provisions of the *IRPA* scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. The alleged defects of the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme's overall design and of the two central principles that guide the scheme: (1) the designated judge is intended to play a gatekeeper role, is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility but also that the overall process is fair; and (2) participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. However, the scheme remains an imperfect substitute for full disclosure in an open court, and the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate.

The *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant, since the designated judge has a statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the case against him or her throughout the proceedings. However, the *IRPA* scheme's requirement that the named person be "reasonably informed" of the case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure. A named person is "reasonably informed" if he or she has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his or her special advocates which will allow them to challenge the information and evidence presented in the closed hearings. The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against him or her. Ultimately, the designated judge is the arbiter of whether this standard has been met.

Only information and evidence that raises a serious risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The designated judge must be vigilant and skeptical with

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner :

Constitutionnalité du régime établi par la LIPR

Les dispositions contestées du régime établi par la *LIPR* sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale du régime et des deux principes fondamentaux autour desquels il s'articule : (1) le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien, il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et il doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable; et (2) la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Toutefois, ce régime demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique, et le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire.

Le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution, puisque le juge désigné a l'obligation légale de veiller à ce que cette personne soit suffisamment informée de la thèse contre elle durant l'instance. Cependant, l'exigence du régime établi par la *LIPR* voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » de cette thèse doit être considérée comme une reconnaissance de l'obligation de lui fournir une quantité minimale incompressible de renseignements. La personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner à ses avocats spéciaux des renseignements qui leur permettront de contester l'information et la preuve présentées aux audiences à huis clos. L'étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d'une affaire à l'autre, selon les allégations et la preuve contre elle. En dernier ressort, c'est au juge désigné qu'il appartient de décider si cette norme a été respectée.

Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Le juge désigné

respect to the claims of national security confidentiality and must ensure that only information or evidence which would injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

The *IRPA* scheme's approach to disclosure, which fails to provide for a balancing of countervailing interests, does not render the scheme unconstitutional. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure; rather, it requires a fair process. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

The communications restrictions imposed on special advocates do not render the scheme unconstitutional. They are not absolute and can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties. This broad discretion averts unfairness as the designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real risk of injurious disclosure. In addition, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings.

The admission of hearsay evidence or the denial of the opportunity for special advocates to cross-examine sources do not render the *IRPA* scheme unconstitutional. The *IRPA* scheme achieves the purpose of excluding unreliable evidence by alternative means to the rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses — it provides the designated judge with broad

doit être vigilant et sceptique quant aux réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale et doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. La multiplication systématique des réclamations peut porter atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou miner l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation — qui ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires — ne rend pas le régime inconstitutionnel. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation; il exige plutôt que le processus soit équitable. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux ne rendent pas le régime inconstitutionnel. Elles ne sont pas absolues et peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées. Le recours à l'autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires pour que les avocats spéciaux s'acquittent de leurs fonctions. Ce vaste pouvoir discrétionnaire prévient l'iniquité parce que le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Le juge devrait adopter une approche libérale lorsqu'il est question d'autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d'un risque réel de préjudice en cas de divulgation. En outre, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de communications à sens unique.

Admettre des éléments de preuve par ouï-dire ou ne pas donner aux avocats spéciaux la possibilité de contre-interroger certaines sources ne rendent pas le régime établi par la *LIPR* inconstitutionnel. Ce régime atteint l'objectif consistant à écarter les éléments de preuve indignes de foi par d'autres moyens que la règle interdisant le ouï-dire et le droit de contre-interroger

discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”, which allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

Privilege for CSIS Human Sources

CSIS human sources are not protected by a class privilege. First, police informer privilege does not attach to CSIS human sources. The differences between traditional policing and modern intelligence gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources. While evidence gathered by the police is traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. Second, this Court should not create a new privilege for CSIS human sources. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources’ identities and related information be privileged, it can enact appropriate protections. The *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

Although the identity of CSIS human sources is not privileged, special advocates do not have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. The discretion of the designated judge to allow the special advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing should be exercised as a last resort. A generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS’s ability to recruit new sources. In this case, there is no need to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

les témoins; il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles », ce qui lui permet d’exclure non seulement les éléments de preuve qu’il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l’effet préjudiciable à l’endroit de la personne visée l’emporte sur leur valeur probante.

Privilège pour les sources humaines du SCRS

Les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Premièrement, le privilège relatif aux indicateurs de police ne vaut pas pour les sources humaines du SCRS. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d’appliquer systématiquement le privilège d’indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l’accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l’existence d’une conduite criminelle dans une instance où les règles de preuve sont souples et permettent d’admettre une preuve par ouï-dire. Deuxièmement, la Cour ne devrait pas créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d’un privilège l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, il peut adopter les mesures de protection voulues. Le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

Même si l’identité des sources humaines du SCRS n’est pas protégée par un privilège, les avocats spéciaux n’ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d’autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d’audiences à huis clos devrait être exercé en dernier recours. Une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d’audience à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d’en recruter de nouvelles. Il est inutile en l’espèce que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

Summaries

The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to CSIS policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person's case. The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system. In this case, the designated judge did not err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers. Although the destruction of the original CSIS operational materials caused the ministers to fail to meet their disclosure obligations towards H and therefore to breach s. 7 of the *Charter*, the exclusion of the summaries is not necessary to remedy the prejudice to H's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. The disclosure of the summaries in an abridged version to H and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to H's ability to know and meet the case against him.

Duties of Candour and Utmost Good Faith and Fairness of Process

The duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings. They require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case; however, the ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control. In this case, reasonable efforts were made by the ministers and they did not breach those duties. The proceedings against H were fair and a stay of proceedings should not be granted.

Reasonableness of Certificate

The designated judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare H inadmissible to Canada was reasonable. The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be

Résumés

La réparation qu'il convient d'accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 du SCRS doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l'effet préjudiciable qu'elle a eu sur la cause de la personne visée. Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l'intégrité du système de justice. En l'espèce, le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Bien que, en raison de la destruction des documents opérationnels originaux du SCRS, les ministres n'aient pas satisfait à leurs obligations en matière de communication envers H et aient donc contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, l'exclusion des résumés n'est pas nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de H de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre.

Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et équité du processus

Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte*. Elles supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas; toutefois, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle. En l'espèce, les ministres ont fait des efforts raisonnables et n'ont pas manqué à ces obligations. La procédure contre H a été équitable et il n'y a pas lieu d'accorder un arrêt des procédures.

Caractère raisonnable du certificat

Le juge désigné n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire H de territoire au Canada. Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la

interfered with if he committed a palpable and overriding error. There is no palpable and overriding error in his weighing of the evidence or in his assessment of H's credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish H's inadmissibility.

Per Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal): Individuals who come forward with information about a potential terrorist threat, often risk their lives in doing so if their identity is disclosed. Offering only the possibility of anonymity if a court subsequently agrees to protect an informer's identity, requires informers to choose between risk of personal harm if their identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed.

CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that their confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in an informant not knowing whether the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases.

Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it. It has been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry. The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is a well-established one. Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service, and informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist.

mise en balance de la preuve factuelle par le juge désigné et n'intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante. Le juge désigné n'a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de H, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l'interdiction de territoire de H.

Les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi) : La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de divulguer les renseignements.

Les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, l'indicateur ignore si la promesse sera tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme.

Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part. Ce privilège a été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête. Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale est bien établi. Avant que le SCRS ne soit créé à titre d'organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s'acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC, et le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs de ce service. Bien que les fonctions du SCRS et celles de la GRC soient distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège.

The CSIS informer privilege is not abrogated by statute. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so. *IRPA* makes no reference to informer privilege and does not evince a clear intention to deprive CSIS informants of its benefit.

Given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant's evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore the designated judge's disposition of this issue.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Secretary of State for the Home Department*

Le privilège relatif aux indicateurs du SCRS n'a pas été abrogé par la loi. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et elle n'exprime pas une intention claire de priver les indicateurs du SCRS des avantages qu'il procure.

Compte tenu de l'importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, il serait approprié de reconnaître l'existence d'une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l'avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L'identité ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d'autres mesures, y compris le retrait de l'essentiel du témoignage de l'indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. Exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas révélée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge désigné à cet égard.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Secretary of State for the Home Department c. A.F.*

v. *A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal)

Bisaillon v. Keable, [1983] 2 S.C.R. 60; *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574.

Statutes and Regulations Cited

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.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 38.06(1), (2).

(*No. 3*), [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII); *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII); *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi)

Bisaillon c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60; *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 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, L.R.C. 1985, ch. I-2 [rempl. 2001, ch. 27].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [repl. 2001, c. 27].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, Part 1, ss. 33, 34, Division 9, ss. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. First Report. *Security and Information*. Ottawa: The Commission, 1979.

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2. Ottawa: The Commission, 1981.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services, 2006.

Canada. Parliamentary Research Branch. “The Canadian Security Intelligence Service”, Current Issue Review 84-27E, revised January 24, 2000.

Forcese, Craig. “Canada’s National Security ‘Complex’: Assessing the Secrecy Rules” (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto: Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings”, August 2007 (online: <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or.: Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York: Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, partie 1, art. 33, 34, section 9, art. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 38, 38.06(1), (2).
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2. Ottawa : La Commission, 1981.

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Premier rapport. *Sécurité et Information*. Ottawa : La Commission, 1979.

Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.

Canada. Direction de la recherche parlementaire. « Le Service canadien du renseignement de sécurité », Bulletin d’actualité 84-27F, révisé le 24 janvier 2000.

Forcese, Craig. « Canada’s National Security “Complex” : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective*. Toronto : Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings », August 2007 (online : <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or. : Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York : Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993.

Sedley, Stephen. “Terrorism and security: back to the future?”, in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Létourneau and Layden-Stevenson J.J.A.), 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] F.C.J. No. 492 (QL), 2012 CarswellNat 1155, setting aside three decisions of Noël J., 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] F.C.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5335; 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] F.C.J. No. 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4699; and 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] F.C.J. No. 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5848; and affirming a decision of Noël J., 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] F.C.J. No. 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4714. Appeal allowed in part, Abella and Cromwell J.J. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Urszula Kaczmarczyk, Q.C., Robert Frater, Marianne Zoric and André Séguin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas and Leo Russomanno, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Robert W. Hubbard and Greg Skerkowski, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Sedley, Stephen. « Terrorism and security : back to the future? », in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K. : Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Létourneau et Layden-Stevenson), 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] A.C.F. n° 492 (QL), 2012 CarswellNat 1156, qui a infirmé trois décisions du juge Noël, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] A.C.F. n° 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5667; 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] A.C.F. n° 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4700; et 2010 CF 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] A.C.F. n° 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5849; et qui a confirmé une décision du juge Noël, 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] A.C.F. n° 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4715. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Urszula Kaczmarczyk, c.r., Robert Frater, Marianne Zoric et André Séguin, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas et Leo Russomanno, pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Robert W. Hubbard et Greg Skerkowski, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

John Norris and François Dadour, for the interveners the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Anil K. Kapoor and Lindsay Trevelyan, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland and Clare Crummey, for the interveners the Canadian Bar Association.

Marlys A. Edwardh and Adriel Weaver, for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken and Andrew J. Brouwer, for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group.

Faisal Bhabha and Khalid M. Elgazzar, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims).

Michael Bossin, Laïla Demirdache and Anna Shea, for the interveners Amnesty International.

Breese Davies and Erin Dann, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo and Paul D. Copeland, as Special Advocates.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively “the ministers”) seek to have Mohamed Harkat, a non-citizen, declared inadmissible to Canada. Mr. Harkat is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. He has been detained, or living under strict conditions, for over a decade. He potentially faces deportation to a country where he may be at risk of torture

John Norris et François Dadour, pour l’intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Anil K. Kapoor et Lindsay Trevelyan, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland et Clare Crummey, pour l’intervenante l’Association du barreau canadien.

Marlys A. Edwardh et Adriel Weaver, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken et Andrew J. Brouwer, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles.

Faisal Bhabha et Khalid M. Elgazzar, pour l’intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens).

Michael Bossin, Laïla Demirdache et Anna Shea, pour l’intervenante l’Amnistie internationale.

Breese Davies et Erin Dann, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo et Paul D. Copeland, comme avocats spéciaux.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement les « ministres ») tentent d’interdire de territoire Mohamed Harkat, un non-citoyen. Selon leurs allégations, M. Harkat serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. Il est détenu ou tenu de vivre sous de strictes conditions, depuis plus de 10 ans. Bien que nous ne soyons pas appelés en l’espèce à décider de la

or death, although the constitutionality of his deportation in such circumstances is not before us in the present appeal.

[2] The reasonableness of the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada is subject to judicial review, under Division 9 of Part 1 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the "IRPA scheme"). This scheme prevents Mr. Harkat from seeing some of the evidence and information tendered against him, because its public disclosure would harm national security.

[3] The issue in this appeal is whether the *IRPA* scheme complies with the Constitution, in particular the guarantee in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against unjustifiable intrusions on life, liberty, and security of the person. More specifically, this appeal asks whether the *IRPA* scheme gives Mr. Harkat a fair opportunity to defend himself against the allegations made by the ministers, despite the fact that national security considerations prevent him from seeing the entire record and from personally participating in all of the hearings. It requires us to determine how far the principle of full disclosure in an open court can be qualified in order to address the threat posed by non-citizens who may be involved in terrorism.

[4] I conclude that that the *IRPA* scheme is constitutional. Crafting a regime that achieves a fundamentally fair process while protecting confidential national security information is a difficult task. The scheme must apply to a broad range of cases, implicating a variety of national security concerns. Parliament's response to this challenge has been to confer on judges the discretion and flexibility to fashion a fair process, in the particular case before them. If this is impossible, judges must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate, including a stay of proceedings.

constitutionnalité de son expulsion, M. Harkat pourrait être expulsé vers un pays où il risque la torture ou la mort.

[2] Le caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire M. Harkat de territoire est susceptible de contrôle judiciaire sous le régime de la section 9 de la partie 1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (le « régime établi par la *LIPR* »). Ce régime empêche M. Harkat de voir certains éléments de preuve et renseignements présentés contre lui, parce que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[3] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le régime établi par la *LIPR* est conforme à la Constitution et, plus particulièrement, s'il respecte la garantie incluse dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Plus précisément, il s'agit en l'espèce de déterminer si le régime établi par la *LIPR* permet réellement à M. Harkat de se défendre contre les allégations formulées par les ministres, même si des considérations relatives à la sécurité nationale l'empêchent de voir l'ensemble du dossier et de participer personnellement à toutes les audiences. La Cour doit donc déterminer jusqu'à quel point le principe de la publicité des débats judiciaires peut être tempéré pour contrer le danger posé par des non-citoyens susceptibles de se livrer au terrorisme.

[4] Je conclus que le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Il n'est pas facile de concevoir un régime qui instaure un processus fondamentalement équitable tout en protégeant les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale. Un tel régime doit s'appliquer à un large éventail de cas faisant intervenir toute une gamme de considérations liées à la sécurité nationale. La réponse du législateur fut de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour leur permettre d'établir un processus équitable dans chaque affaire particulière dont ils sont saisis. Si cela s'avère impossible, ces juges ne doivent pas hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée, y compris un arrêt des procédures.

[5] In the present case, the process was fair and the Federal Court judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable.

I. History of the Legislation and of the Proceedings

A. *The Legislation*

[6] The purpose of the *IRPA* scheme “is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities”: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (“*Charkaoui I*”), at para. 4. The ministers must decide whether the evidence against a non-citizen gives them reasonable grounds to declare him or her “inadmissible” to Canada — i.e. to issue a removal order. The resulting “certificate of inadmissibility” (also called a “security certificate”) is then referred to the Federal Court for a review of its reasonableness. If a Federal Court judge (the “designated judge”) finds the certificate to be reasonable, the non-citizen named in that certificate (the “named person”) becomes subject to a removal order.

[7] The *IRPA* scheme was adopted by Parliament in 2001, as a successor to an analogous scheme contained in the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. In the wake of the attacks of September 11, 2001, it increasingly came to be used as a means of detaining suspected terrorists and eliminating the perceived threat posed by them: K. Roach, “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in B. J. Goold and L. Lazarus, eds., *Security and Human Rights* (2007), 227, at p. 233. From a practical perspective, the *IRPA* scheme is in some respects more advantageous for the state than criminal proceedings. It has a lower standard of proof and is more protective of confidential national security information than the criminal law: *ibid.* As will be discussed further below, any information that would be injurious to national security or to the safety of

[5] En l’espèce, le processus a été équitable et le juge de la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d’interdire M. Harkat de territoire au Canada.

I. Historique de la loi et des procédures

A. *La loi*

[6] Le régime établi par la *LIPR* « vis[e] à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes » : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (« *Charkaoui I* »), par. 4. Les ministres doivent décider si la preuve accumulée contre un non-citoyen leur donne des motifs raisonnables de le déclarer « interdit de territoire » au Canada, c.-à-d. de prendre contre lui une mesure de renvoi. Le « certificat d’interdiction de territoire » qui en résulte (également appelé « certificat de sécurité ») est ensuite déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Si le certificat est jugé raisonnable par un juge de cette cour (le « juge désigné »), la personne qui y est nommée (la « personne visée ») est dès lors assujettie à une mesure de renvoi.

[7] En 2001, le législateur a adopté le régime de la *LIPR*, qui succède au régime analogue anciennement établi par la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. À la suite des attaques du 11 septembre 2001, cette loi a de plus en plus servi de moyen pour détenir des personnes soupçonnées de terrorisme et éliminer le danger apparent qu’elles représentent : K. Roach, « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », dans B. J. Goold et L. Lazarus, dir., *Security and Human Rights* (2007), 227, p. 233. D’un point de vue pratique, le régime établi par la *LIPR* est, à certains égards, plus avantageux pour l’État que celui applicable aux procédures criminelles. En effet, la norme de preuve qu’il prévoit est moins exigeante et les renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale bénéficient, suivant ce régime,

any person is not disclosed to the named person. This information can nevertheless be presented to the designated judge in closed hearings and relied upon by her in assessing the security certificate's reasonableness.

[8] The constitutionality of the *IRPA* scheme was challenged by Mr. Harkat and other non-citizens named in security certificates. In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme deprived named persons of their life, liberty, and security of the person in a manner that was not in accordance with principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*. It found that the *IRPA* scheme precluded the judge from making a decision based on all the relevant facts and law, because it did not provide for representation of the named person in the closed portion of the proceedings. It also held that the *IRPA* scheme violated the principle that a person must have the ability to know and meet the case against him, because there was not full disclosure of the government's case to the named person or any substantial substitute for full disclosure.

[9] The Court concluded that these breaches could not be justified under s. 1 of the *Charter*, because the *IRPA* scheme did not minimally impair the named person's rights. Other types of closed proceedings, both in Canada and abroad, accomplished the goal of protecting confidential national security information less intrusively. For example, in the United Kingdom, special advocates were appointed to receive disclosure on an appellant's behalf and to defend his or her interests in closed hearings before the Special Immigration Appeals Commission. These special advocates were bound not to reveal confidential information to anyone or (subject to narrow exceptions) to communicate with the appellant. While that system was not without its drawbacks, this Court concluded that, "without

d'une meilleure protection qu'en matière criminelle : *ibid.* Comme nous le verrons plus loin, les renseignements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne sont pas communiqués à la personne visée. Ils peuvent néanmoins être soumis à un juge désigné lors d'une audience tenue à huis clos, et être utilisés par celui-ci dans l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[8] M. Harkat et d'autres non-citoyens désignés dans des certificats de sécurité ont contesté la constitutionnalité du régime établi par la *LIPR*. Dans *Charkaoui I*, la Cour a conclu que ce régime portait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes visées d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Selon la Cour, le régime de la *LIPR* empêchait le juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents, parce qu'il ne permettait pas la représentation de la personne visée durant la partie de l'instance tenue à huis clos. De plus, comme la personne visée n'était pas pleinement informée ou informée pour l'essentiel de ce que lui reprochait le gouvernement, la Cour s'est dite d'avis que ce régime violait le principe selon lequel une personne doit être informée des allégations qui pèsent contre elle et avoir la possibilité d'y répondre.

[9] La Cour a conclu dans cet arrêt que ces violations ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*, parce que le régime établi par la *LIPR* ne portait pas minimalement atteinte aux droits de la personne visée. D'autres types d'audiences à huis clos, tant au Canada qu'à l'étranger, assurent en effet de façon moins attentatoire la protection de renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale. Au Royaume-Uni, par exemple, des représentants spéciaux sont nommés pour recevoir communication de ces renseignements au nom de l'appelant et défendre les intérêts de celui-ci lors des audiences à huis clos tenues devant la Special Immigration Appeals Commission. Ces représentants spéciaux ne peuvent révéler à qui que ce soit l'information confidentielle qu'ils

compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests": *Charkaoui I*, at para. 86.

[10] In response to this Court's ruling, Parliament made several amendments to the *IRPA* scheme: *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; the amended *IRPA* scheme is reproduced in the Appendix to these reasons. In particular, it created a role for special advocates, who protect the interests of the named person in closed hearings after having received disclosure of the entire record.

B. *The Proceedings*

[11] In 2002, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration issued a first security certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada on national security grounds. After the successful constitutional challenge and the amendment of the *IRPA* scheme, the ministers issued a second security certificate against Mr. Harkat and commenced new proceedings before the Federal Court.

[12] Disclosure issues arose during the proceedings with respect to the individuals (the "human sources") who secretly provided information regarding Mr. Harkat to the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). The special advocates sought to obtain disclosure of the identity of the CSIS human sources, as well as permission to interview and to cross-examine them in a closed hearing. Noël J. rejected this request. He reasoned that the common law police informer privilege, which is a rule against the disclosure of any information that might identify a police informer, should be extended to cover CSIS human sources: 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370.

reçoivent et ne peuvent pas non plus (sous réserve de rares exceptions) communiquer avec l'appelant. Selon la Cour, bien qu'il ne soit pas sans faille, un tel système « protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité » : *Charkaoui I*, par. 86.

[10] À la suite de cet arrêt, le législateur a apporté plusieurs modifications au régime établi par la *LIPR* : *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; le régime de la *LIPR* modifié est reproduit en annexe. Plus particulièrement, il a donné un rôle à des avocats spéciaux, soit celui de défendre les intérêts de la personne visée lors des audiences à huis clos, après avoir reçu communication de l'ensemble du dossier.

B. *Les procédures*

[11] En 2002, le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont signé un premier certificat de sécurité attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime établi par la *LIPR* et la modification de celui-ci, les ministres ont délivré un deuxième certificat de sécurité contre M. Harkat et intenté une nouvelle procédure en Cour fédérale.

[12] Des questions liées à la communication de renseignements sur les personnes (les « sources humaines ») ayant fourni secrètement au Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») des renseignements relatifs à M. Harkat ont été soulevées au cours de la procédure. Les avocats spéciaux ont tenté d'obtenir la divulgation de l'identité de ces sources, ainsi que l'autorisation de les questionner et de les contre-interroger lors d'une audience à huis clos. Le juge Noël a rejeté cette demande. Selon lui, le privilège de common law relatif aux indicateurs de police — qui interdit la divulgation de toute information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police — devrait être élargi et s'appliquer également aux sources humaines du SCRS : 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

[13] At a later point during the disclosure process, it was discovered that the judge and the special advocates had been provided with an incomplete and misleading document regarding one of the CSIS human sources. The document provided to Mr. Harkat's special advocates failed to disclose that a 2002 polygraph test conducted on the relevant source initially revealed him or her to be untruthful. As a remedy, Noël J. ordered the disclosure of unredacted human source files to the special advocates: 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143; 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149.

[14] The special advocates also sought to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom Mr. Harkat was claimed to have associated. They were ultimately dissatisfied with the efforts undertaken by the ministers and sought a stay of proceedings. Noël J. rejected this request, finding that the ministers took reasonable steps to get updated information from foreign intelligence agencies: 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, at Annex "A".

[15] Mr. Harkat also sought to have the summaries of intercepted conversations excluded from the evidence on the ground that the original recordings and notes of these conversations, in which he allegedly participated or in which he was allegedly a subject of conversation, were destroyed pursuant to CSIS policy OPS-217. Alternatively, he sought a stay of proceedings in consideration of a number of breaches. Noël J. found that Mr. Harkat suffered no prejudice from the destruction of those original operational materials: 2010 FC 1243. He reasoned that the summaries of the conversations were prepared in a way that ensured their accuracy, and that they were corroborated by the overall narrative about Mr. Harkat which emerged during the hearings. Consequently, he refused to exclude them from the evidence against Mr. Harkat.

[13] Plus tard durant le processus de divulgation, on a découvert que le juge et les avocats spéciaux avaient reçu un document incomplet et trompeur en ce qui concerne une des sources humaines du SCRS. Le document remis aux avocats spéciaux de M. Harkat ne mentionnait pas qu'un test polygraphique administré en 2002 à la source concernée avait tout d'abord indiqué que cette personne ne disait pas la vérité. En guise de réparation, le juge Noël a ordonné la communication aux avocats spéciaux de copies non expurgées des dossiers de sources humaines en question : 2009 CF 553 (CanLII); 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149.

[14] Les avocats spéciaux ont également essayé de contraindre les ministres à obtenir d'organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels M. Harkat se serait associé. Insatisfaits des efforts déployés par les ministres, les avocats spéciaux ont sollicité un arrêt des procédures. Le juge Noël a rejeté cette demande, concluant que les ministres avaient pris des mesures raisonnables pour obtenir des informations à jour des organismes étrangers de renseignement : 2010 CF 1243 (CanLII), annexe « A ».

[15] M. Harkat a également sollicité l'exclusion des résumés des conversations interceptées de la preuve au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations — auxquelles il aurait participé ou durant lesquelles on aurait parlé de lui — ont été détruits conformément à la politique OPS-217 du SCRS. Subsidièrement, il a demandé l'arrêt des procédures compte tenu d'un grand nombre de violations. Le juge Noël a conclu que M. Harkat n'avait subi aucun préjudice par suite de la destruction de ces documents opérationnels originaux : 2010 CF 1243. Selon lui, les résumés des conversations avaient été préparés de manière à assurer leur exactitude, et étaient corroborés par le récit global concernant M. Harkat présenté lors des audiences. En conséquence, il a refusé d'exclure ces résumés de la preuve pesant contre M. Harkat.

[16] Finally, Mr. Harkat challenged the constitutionality of the amended *IRPA* scheme. Noël J. found the regime to be constitutional: 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432. In his view, the special advocates provided a substantial substitute for full disclosure to Mr. Harkat and vigorously defended his interests during the closed portion of the proceedings.

[17] After consideration of evidence tendered in both public and closed hearings, Noël J. came to the conclusion that the certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable: 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251. He made adverse findings of credibility against Mr. Harkat and found that the evidence provided reasonable grounds to believe that Mr. Harkat had been involved with terrorist organizations. He held that Mr. Harkat's behaviour and lies were consistent with the theory that he had come to Canada as a "sleeper" agent for terrorist organizations.

[18] Mr. Harkat appealed Noël J.'s conclusions. The Federal Court of Appeal (*per* Létourneau J.A.) allowed the appeal in part: 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635. It agreed with Noël J.'s conclusion that the amended *IRPA* scheme is constitutional. However, it found that the identity of CSIS human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat had not been privy. It remitted the matter to Noël J. for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

II. Issues

[19] The ministers appeal to this Court, seeking the reinstatement of Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable. They also ask for recognition of the CSIS human source privilege.

[16] Enfin, M. Harkat a contesté la constitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Le juge Noël a toutefois conclu que le régime était constitutionnel : 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432. À son avis, les avocats spéciaux avaient remplacé pour l'essentiel la divulgation totale à M. Harkat et avaient défendu vigoureusement ses intérêts durant la partie de l'instance s'étant déroulée à huis clos.

[17] Après avoir examiné la preuve soumise aux audiences tant publiques qu'à huis clos, le juge Noël a conclu que le certificat attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada était raisonnable : 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251. Il a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité de M. Harkat et conclu que la preuve fournie donnait des motifs raisonnables de croire que celui-ci avait participé aux activités d'organisations terroristes. Selon le juge Noël, le comportement et les mensonges de M. Harkat étaient compatibles avec la thèse voulant qu'il soit entré au Canada comme agent « dormant » agissant pour des organisations terroristes.

[18] M. Harkat a interjeté appel des conclusions du juge Noël. La Cour d'appel fédérale (sous la plume du juge Létourneau) a accueilli l'appel en partie : 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635. Elle a convenu avec le juge Noël que le régime de la *LIPR* modifié était constitutionnel. Cependant, elle a conclu que l'identité des sources humaines du SCRS n'était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé. Elle a renvoyé l'affaire au juge Noël pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu'il restait du dossier après l'exclusion des résumés.

II. Les questions en litige

[19] Les ministres ont interjeté appel devant la Cour, sollicitant le rétablissement de la conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable. Ils demandent aussi la reconnaissance du privilège des sources humaines du SCRS.

[20] Mr. Harkat cross-appeals. He asks this Court to find the amended *IRPA* scheme unconstitutional. Alternatively, he seeks a new reasonableness hearing before a new designated judge, the exclusion of the summaries of all the intercepted conversations for which the original CSIS operational materials were destroyed, and permission for his special advocates to interview and cross-examine the human sources. He also takes issue with Noël J.'s weighing of "open source" evidence (such as books on terrorism and publications in political science periodicals), which led him to conclude that the individuals with whom Mr. Harkat associated were members of terrorist organizations.

[21] In addition, the special advocates contest Noël J.'s refusal to order a stay of proceedings. They contend that the ministers breached their duties of candour and utmost good faith, and that the proceedings did not allow them to meaningfully test the case brought against Mr. Harkat.

[22] This appeal raises the following issues:

- A. Does the *IRPA* scheme violate the *Charter*?
- B. Are CSIS human sources covered by privilege and can they be cross-examined?
- C. Did the designated judge err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations?
- D. Did the ministers breach their duties of candour and utmost good faith?
- E. Were the proceedings against Mr. Harkat fair?
- F. Did the designated judge err in concluding that the security certificate was reasonable?

[20] M. Harkat a formé un pourvoi incident et demande à la Cour de conclure à l'inconstitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Subsidiairement, il sollicite la tenue d'une nouvelle audition sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité devant un autre juge, l'exclusion des résumés de toutes les conversations interceptées tirées des documents opérationnels originaux du SCRS qui ont été détruits, et l'autorisation pour ses avocats spéciaux de questionner et de contre-interroger les sources humaines. Il conteste aussi la façon dont le juge Noël a évalué la preuve provenant de « sources ouvertes » (par exemple des livres sur le terrorisme et des articles publiés dans des périodiques de sciences politiques), preuve l'ayant amené à conclure que les personnes avec lesquelles M. Harkat s'était associé étaient membres d'organisations terroristes.

[21] Pour leur part, les avocats spéciaux contestent le refus du juge Noël d'ordonner l'arrêt des procédures. Ils font valoir que les ministres ont manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et que la procédure ne leur a pas permis de mettre en doute convenablement la preuve présentée contre M. Harkat.

[22] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. Le régime établi par la *LIPR* viole-t-il la *Charte*?
- B. Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?
- C. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées?
- D. Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?
- E. Les procédures contre M. Harkat ont-elles été équitables?
- F. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?

III. Analysis

Preliminary Comment

[23] At the request of the ministers, this Court conducted two distinct hearings on this appeal. One was open to the public, while the second was held behind closed doors. Having heard the confidential submissions, it is my view that it was unnecessary to conduct a portion of the appeal hearing behind closed doors.

[24] The open court principle is “a hallmark of a democratic society and applies to all judicial proceedings”: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23; see also D. M. Paciocco, “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, at pp. 391-95; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 20. “National security does not negate the open court principle”: C. Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (2008), at p. 402. The Supreme Court of the United Kingdom recently commented unfavourably on a hearing that it held behind closed doors at the request of the government, which had raised national security concerns: *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, at para. 60, *per* Lord Neuberger P.S.C. It noted that closed evidence is factual in nature, whereas the points debated before appellate courts are essentially legal: *ibid.* Consequently, the Supreme Court found that closed hearings before it would rarely, if ever, be necessary for the proper disposition of an appeal.

[25] The issues in this appeal do not turn on confidential information and could have been debated fully in public without any serious risk of disclosure, supplemented where necessary by brief closed written submissions and by the closed record. The special advocates could have been given judicial permission to make public submissions, so long

III. Analyse

Remarque préliminaire

[23] À la demande des ministres, la Cour a tenu deux audiences distinctes en l’espèce. Une d’entre elles s’est déroulée publiquement, l’autre à huis clos. Après avoir entendu les observations confidentielles, j’estime que le huis clos n’était pas nécessaire.

[24] Le principe de la publicité des débats en justice est « une caractéristique d’une société démocratique et s’applique à toutes les procédures judiciaires » : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23; voir aussi D. M. Paciocco, « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, p. 391-395; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 20. [TRADUCTION] « La sécurité nationale n’écarte pas le principe de la publicité des débats en justice » : C. Forcese, *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective* (2008), p. 402. La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment émis des commentaires défavorables relativement à une audience qu’elle avait tenue à huis clos à la demande du gouvernement, demande fondée sur des préoccupations liées à la sécurité nationale : *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, par. 60, lord Neuberger P.C.S. Elle a souligné que les éléments de preuve confidentiels sont de nature factuelle, alors que les points débattus devant les tribunaux d’appel sont essentiellement des questions de droit : *ibid.* La Cour suprême du Royaume-Uni a donc conclu que des audiences à huis clos ne seraient que rarement, sinon jamais, nécessaires pour lui permettre de bien trancher un pourvoi.

[25] Les questions soulevées dans le présent pourvoi ne portent pas sur des renseignements confidentiels. Elles auraient donc pu être débattues totalement en public sans risque réel de divulgation, et ces débats être complétés, au besoin, de brèves observations confidentielles par écrit et du dossier confidentiel. Les avocats spéciaux auraient pu être autorisés à

as they refrained from disclosing confidential information: see s. 85.4(2) and (3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”).

[26] The content of the closed hearing overlapped significantly with the open hearing and did not assist this Court in deciding the issues before it. It served only to foster an appearance of opacity of these proceedings, which runs contrary to the fundamental principles of transparency and accountability.

[27] I now turn to the issues on appeal.

A. *Does the IRPA Scheme Violate the Charter?*

[28] Mr. Harkat and his special advocates contend that the *IRPA* scheme fails to provide a fair process to the named person, as required by s. 7 of the *Charter*. They argue that the regime is unconstitutional because it provides insufficient disclosure to the named person, does not allow the special advocates to communicate freely with the named person, and allows for the admission of hearsay evidence.

[29] After providing a brief overview of the *IRPA* scheme, I will address in turn Mr. Harkat’s rights under s. 7 of the *Charter*, the principles that guide the scheme, and the scheme’s alleged defects.

(1) Overview of the *IRPA* Scheme

(a) *Commencement of Proceedings*

[30] A security certificate may be issued by the ministers for the removal from Canada of a non-citizen (whether a permanent resident or a foreign national) who is inadmissible on security grounds. The grounds for inadmissibility include engaging in terrorism, being a danger to the security of Canada, engaging in acts of violence that would or might

présenter des observations en audience publique, à condition de ne révéler aucun renseignement confidentiel : voir par. 85.4(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* »).

[26] Les renseignements communiqués lors des audiences publiques et à huis clos se recoupaient considérablement et n’ont pas aidé la Cour à trancher les questions dont elle était saisie. L’audience à huis clos n’a servi qu’à entretenir l’apparente opacité de l’instance, ce qui contrevient aux principes fondamentaux de transparence et de responsabilisation.

[27] Je passe maintenant à l’examen des questions soulevées dans le présent pourvoi.

A. *Le régime établi par la LIPR viole-t-il la Charte?*

[28] M. Harkat et ses avocats spéciaux soutiennent que le régime établi par la *LIPR* n’offre pas un processus équitable à la personne visée comme l’exige l’art. 7 de la *Charte*. Selon eux, ce régime est inconstitutionnel parce qu’il n’autorise qu’une communication insuffisante à la personne visée, ne permet pas aux avocats spéciaux de communiquer librement avec celle-ci, et permet l’admission d’une preuve par oui-dire.

[29] Après avoir donné un aperçu du régime établi par la *LIPR*, j’examinerai successivement les droits garantis à M. Harkat par l’art. 7 de la *Charte*, les principes qui sous-tendent ce régime et les défauts qui lui sont reprochés.

(1) Aperçu du régime établi par la *LIPR*

a) *Introduction de l’instance*

[30] Les ministres peuvent délivrer un certificat de sécurité pour renvoyer du Canada un non-citoyen (qu’il soit un résident permanent ou un étranger) interdit de territoire pour raison de sécurité. Les motifs d’interdiction de territoire comprennent le fait de se livrer au terrorisme, de constituer un danger pour la sécurité du Canada, d’être l’auteur

endanger the lives or safety of persons in Canada, or being a member of an organization that engages in terrorism: s. 34, *IRPA*. The ministers must have reasonable grounds to believe that the facts giving rise to inadmissibility have occurred, are occurring, or may occur: s. 33, *IRPA*.

[31] As a practical matter, the process commences when CSIS presents a Security Intelligence Report (“SIR”) to the ministers. The SIR sets out in detail the allegations and evidence grounding inadmissibility. If the ministers conclude that the allegations in the SIR are reasonably grounded, they issue a security certificate.

[32] Once the certificate is issued, the ministers must refer it to the Federal Court: s. 77(1), *IRPA*. The Federal Court judge who is designated to hear the case “shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not”: s. 78, *IRPA*. If the designated judge deems the certificate to be reasonable, the named person is inadmissible and the certificate becomes a removal order in force: s. 80, *IRPA*. The named person may be arrested and detained for the duration of the proceedings before the Federal Court: s. 81, *IRPA*.

(b) *The Disclosure of Summaries to the Named Person*

[33] The named person must be given summaries of the information and evidence which allow him to be reasonably informed of the case against him: ss. 77(2) and 83(1)(e), *IRPA*. The summaries must “not include anything that, in the judge’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed”: s. 83(1)(e), *IRPA*.

(c) *Special Advocates*

[34] The judge must appoint one or more special advocates to protect the interests of the named person in closed hearings: s. 83(1)(b), *IRPA*. These hearings are held *in camera* and *ex parte*, in order

de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada, ou d’être membre d’une organisation qui se livre au terrorisme : art. 34 *LIPR*. Les ministres doivent avoir des motifs raisonnables de croire que les faits important interdiction de territoire sont survenus, surviennent ou peuvent survenir : art. 33 *LIPR*.

[31] En pratique, le processus s’amorce lorsque le SCRS remet aux ministres un rapport secret en matière de sécurité (« RSS »). Le RSS expose en détail les allégations et les éléments de preuve fondant l’interdiction de territoire. Si les ministres sont d’avis que les allégations contenues dans le RSS reposent sur un fondement raisonnable, ils délivrent un certificat de sécurité.

[32] Une fois le certificat délivré, les ministres doivent le déposer à la Cour fédérale : par. 77(1) *LIPR*. Le juge de la Cour fédérale désigné pour instruire l’affaire « décide du caractère raisonnable du certificat et l’annule s’il ne peut conclure qu’il est raisonnable » : art. 78 *LIPR*. Si le juge désigné estime le certificat raisonnable, la personne visée est interdite de territoire et le certificat devient une mesure de renvoi en vigueur : art. 80 *LIPR*. La personne visée peut être arrêtée et mise en détention pendant toute la durée de l’instance en Cour fédérale : art. 81 *LIPR*.

(b) *Communication de résumés à la personne visée*

[33] Il faut remettre à la personne visée des résumés des renseignements et des éléments de preuve qui lui permettent d’être suffisamment informée de la thèse contre elle : par. 77(2) et al. 83(1)(e) *LIPR*. Les résumés ne doivent « comporte[r] aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon [le juge], à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui » : al. 83(1)(e) *LIPR*.

(c) *Avocats spéciaux*

[34] Le juge nomme un ou plusieurs avocats spéciaux pour défendre les intérêts de la personne visée aux audiences à huis clos : al. 83(1)(b) *LIPR*. Ces audiences se déroulent à huis clos et *ex parte*

to permit the Minister to present information and evidence the public disclosure of which could be injurious to national security or endanger the safety of a person: s. 83(1)(c), *IRPA*.

[35] Special advocates are security-cleared lawyers whose role is to protect the interests of the named person and “to make up so far as possible for the [named person’s] own exclusion from the evidentiary process”: S. Sedley, “Terrorism and security: back to the future?”, in D. Cole, F. Fabbrini and A. Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, at p. 16. During the closed hearings, they perform the functions that the named person’s counsel (the “public counsel”) performs in the open hearings. They do so by challenging the Minister’s claims that information or evidence should not be disclosed, and by testing the relevance, reliability, and sufficiency of the secret evidence: s. 85.1(1) and (2), *IRPA*. They are active participants in the closed hearings. They may make submissions and cross-examine witnesses who appear in those hearings: s. 85.2(a) and (b), *IRPA*. The *IRPA* scheme also provides that the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*.

[36] No solicitor-client relationship exists between the special advocates and the named person: s. 85.1(3), *IRPA*. However, solicitor-client privilege is deemed to apply to exchanges between the special advocates and the named person, provided that those exchanges would attract solicitor-client privilege at common law: s. 85.1(4), *IRPA*. As Lutfy C.J. put it, “[a]s between special advocates and named persons, Division 9 protects information and not relationships. . . . The information that passes between them, absent the solicitor and client relationship, is deemed to be protected”: *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, at paras. 56-57.

pour que le ministre puisse présenter des renseignements et éléments de preuve dont la divulgation publique pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 83(1)c) *LIPR*.

[35] Les avocats spéciaux possèdent une habilitation de sécurité et ont pour rôle de défendre les intérêts de la personne visée et [TRADUCTION] « de compenser autant que possible l’exclusion de [la personne visée] elle-même du processus de présentation de la preuve » : S. Sedley, « Terrorism and security : back to the future? », dans D. Cole, F. Fabbrini et A. Vidaschi, dir., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, p. 16. Au cours des audiences à huis clos, les avocats spéciaux exercent les fonctions remplies par le conseil de la personne visée (l’« avocat public ») durant les audiences publiques. Ils s’acquittent de ces fonctions en contestant les affirmations du ministre voulant que des renseignements ou des éléments de preuve ne doivent pas être divulgués, et en évaluant la pertinence, la fiabilité et la suffisance de la preuve secrète : par. 85.1(1) et (2) *LIPR*. En somme, ils participent activement aux audiences à huis clos. Ils peuvent présenter des observations et contre-interroger les témoins qui comparaissent lors de ces audiences : al. 85.2a) et b) *LIPR*. Le régime établi par la *LIPR* leur permet aussi d’« exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2c) *LIPR*.

[36] Aucune relation avocat-client n’existe entre les avocats spéciaux et la personne visée : par. 85.1(3) *LIPR*. Le secret professionnel liant l’avocat à son client est toutefois réputé s’appliquer à leurs échanges, pourvu que ces derniers soient de ceux qui seraient protégés par ce secret en common law : par. 85.1(4) *LIPR*. Comme l’a dit le juge en chef Lutfy, « [e]ntre avocats spéciaux et personnes désignées, la section 9 protège les renseignements et non les relations. [. . .] Leurs communications, sans qu’il existe une relation entre avocat et client, sont réputées être protégées » : *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, par. 56-57.

[37] Strict communication rules apply to special advocates, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. After the special advocates are provided with the confidential information and evidence, they “may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge’s authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate”: s. 85.4(2), *IRPA*. Read plainly, “this prohibition covers all information about the proceeding from both public and private sessions, including any testimony given in the absence of the public and the named person and their counsel”: *Almrei*, at para. 16. By contrast, any other person — such as the ministers’ counsel or the court personnel in attendance at closed hearings — is subject to significantly fewer restrictions on communication. Other persons must refrain from communicating about the proceedings only (i) if they have had a court-authorized communication with the special advocates and the judge has specifically prohibited them from communicating with anyone else about the proceeding, or (ii) if the communication would disclose the content of a closed hearing: ss. 85.4(3), 85.5(a) and (b), *IRPA*.

(d) *Admissibility of Evidence*

[38] The usual rules of evidence do not apply to the proceedings. Instead, “the judge may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence”: s. 83(1)(h), *IRPA*.

[39] The *IRPA* scheme provides that the judge’s decision can be based on information or evidence that is not disclosed in summary form to the named person: s. 83(1)(i). It does not specify expressly whether a decision can be based in whole, or only in part, on information and evidence that is not disclosed to the named person.

[37] Des règles strictes de communication s’appliquent aux avocats spéciaux pour empêcher que des renseignements sensibles soient divulgués par inadvertance. Ainsi, après avoir reçu les renseignements et éléments de preuve confidentiels, ces avocats « ne peu[ven]t communiquer avec qui que ce soit au sujet de l’instance [jusqu’à la fin de celle-ci] si ce n’est avec l’autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées » : par. 85.4(2) *LIPR*. Interprétée selon son sens ordinaire, « cette interdiction englobe tous les renseignements relatifs à l’instance qui sont issus des audiences publiques ou à huis clos, notamment tout témoignage produit en l’absence du public, de la personne désignée et de son avocat » : *Almrei*, par. 16. À l’inverse, tous les autres intervenants — comme l’avocat des ministres ou les membres du personnel judiciaire assistant aux audiences à huis clos — sont assujettis à beaucoup moins de restrictions en matière de communication. Ils doivent éviter de communiquer de l’information à propos de l’instance uniquement (i) s’ils ont été autorisés par le tribunal à communiquer avec les avocats spéciaux et le juge leur a expressément interdit de communiquer avec qui que ce soit d’autre au sujet de l’instance, ou (ii) si la communication avait pour effet de révéler le contenu d’une audience à huis clos : par. 85.4(3) et al. 85.5(a) et (b) *LIPR*.

d) *Admissibilité de la preuve*

[38] Les règles ordinaires de preuve ne s’appliquent pas à l’instance. En effet, « [le juge] peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci » : al. 83(1)(h) *LIPR*.

[39] D’après le régime établi par la *LIPR*, le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n’est pas fourni à la personne visée : al. 83(1)(i). Le régime ne précise pas expressément si la décision peut reposer entièrement, ou seulement en partie, sur des renseignements et des éléments de preuve qui ne sont pas communiqués à la personne visée.

(2) The Section 7 Charter Right to a Fair Process

[40] In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme engages significant life, liberty, and security of the person interests: paras. 12-16. Laws that interfere with these interests must conform to the principles of fundamental justice. If they fail to do so, they breach s. 7 of the *Charter* and fall to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[41] Pursuant to the principles of fundamental justice, a named person must be provided with a fair process: *Charkaoui I*, at paras. 19-20. At issue in the present appeal are two interrelated aspects of the right to a fair process: the right to know and meet the case, and the right to have a decision made by the judge on the facts and the law. The named person must “be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case”: *Charkaoui I*, at para. 53. Correlatively, the named person’s knowledge of the case and participation in the process must be sufficient to result in the designated judge being “exposed to the whole factual picture” of the case and having the ability to apply the relevant law to those facts: *ibid.*, at para. 51.

[42] This said, the assessment of whether a process is fair must take into account the legitimate need to protect information and evidence that is critical to national security. As I wrote in *Charkaoui I*, “[i]nformation may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security”: para. 61.

[43] Full disclosure of information and evidence to the named person may be impossible. However, the basic requirements of procedural justice must be met “in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government’s objective and the interests of the person affected”: *Charkaoui I*, at para. 63. The alternative proceedings

(2) Le droit à un processus équitable garanti par l’art. 7 de la Charte

[40] La Cour a conclu dans *Charkaoui I* que le régime établi par la *LIPR* met en jeu les droits importants à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne : par. 12-16. Les lois portant atteinte à ces droits doivent être conformes aux principes de justice fondamentale, à défaut de quoi elles violent l’art. 7 de la *Charte* et doivent être justifiées au sens de l’article premier de cette dernière.

[41] Les principes de justice fondamentale exigent que la personne visée bénéficie d’un processus équitable : *Charkaoui I*, par. 19-20. En l’espèce, le litige porte sur deux aspects interreliés du droit à un processus équitable : celui de connaître la preuve et de la réfuter, et celui à ce que le juge statue sur les faits et le droit. La personne visée doit « [être] informé[e] des allégations formulées contre [elle] et a[voir] la possibilité d’y répondre » : *Charkaoui I*, par. 53. En corollaire, la personne visée doit suffisamment connaître l’affaire et participer au processus pour que le juge désigné « pren[n]e connaissance de tous les faits » en cause et soit à même d’appliquer les règles de droit applicables à ces faits : *ibid.*, par. 51.

[42] Cela dit, pour déterminer si un processus est équitable, il faut tenir compte du besoin légitime de protéger les renseignements et éléments de preuve critiques pour la sécurité nationale. Comme je l’ai dit dans *Charkaoui I*, « [d]es renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise » : par. 61.

[43] Il peut s’avérer impossible de communiquer tous les renseignements et éléments de preuve à la personne visée. Par contre, les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure doivent être respectées « d’une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l’objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée » :

must constitute a substantial substitute to full disclosure. Procedural fairness does not require a perfect process — there is necessarily some give and take inherent in fashioning a process that accommodates national security concerns: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 46.

[44] The overarching question, therefore, is whether the amended *IRPA* scheme provides a named person with a fair process, taking into account the imperative of protecting confidential national security information.

(3) The Guiding Principles of the *IRPA* Scheme

[45] The alleged defects in the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme’s overall design. Two central principles guide the scheme.

[46] First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers’ finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair: “. . . in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case” (C. Forcese and L. Waldman, “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings” (2007) (online), at p. 60). Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account “considerations of fairness and natural justice” when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

Charkaoui I, par. 63. L’autre procédure doit remplacer pour l’essentiel la divulgation complète. L’équité procédurale n’exige pas que le processus soit parfait; la conception d’un processus répondant aux préoccupations en matière de sécurité nationale implique nécessairement certains compromis : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 46.

[44] La principale question est donc celle de savoir si le régime modifié établi par la *LIPR* permet à la personne visée de bénéficier d’un processus équitable, compte tenu de l’impératif de protéger les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale.

(3) Les principes directeurs du régime établi par la *LIPR*

[45] Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale de ce régime qui s’articule autour de deux principes fondamentaux.

[46] Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d’un large pouvoir discrétionnaire et doit s’assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d’interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l’ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « . . . dans un système d’avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l’absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu’il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D’ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu’il tienne compte des « considérations d’équité et de justice naturelle » dans l’instruction de l’instance : al. 83(1)a) *LIPR*. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[47] Second, participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. With respect to the confidential portion of the case against the named person, the special advocates must be in a position to act as vigorously and effectively as the named person himself would act in a public proceeding. Indeed, Parliament added special advocates as a feature of the *IRPA* scheme in order to bring it into compliance with the substantive requirements of s. 7 of the *Charter*, as articulated in *Charkaoui I*. Whether the scheme allows for this intention to become a reality is the central constitutional issue in this appeal, to which I now turn.

(4) The Alleged Shortfalls of the *IRPA* Scheme

[48] In essence, Mr. Harkat alleges that the disclosure of public summaries and the representation of the interests of the named person by special advocates do not suffice to bring the *IRPA* scheme into compliance with the requirements of s. 7 of the *Charter*. I will address each of the alleged defects of the scheme in turn.

(a) *Does the Scheme Provide the Named Person With Sufficient Disclosure?*

[49] Mr. Harkat contends that the public summaries of the closed record are too vague and general. In his view, they do not allow a named person to know and meet the case against him or her. He argues that the essence of the right to know and meet a case is the ability to meet detail with detail. He also contends that the *IRPA* scheme takes too categorical an approach to disclosure: a named person will *never* obtain disclosure of information which would be injurious to national security or to the safety of any person, regardless of the importance of disclosure to the named person's case. A less rights-impairing alternative would be a balancing approach such as the one found in s. 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits

[47] Deuxièmement, la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Quant au volet confidentiel de la preuve contre la personne visée, les avocats spéciaux doivent être à même d'agir avec autant de vigueur et d'efficacité que le ferait la personne visée elle-même au cours d'une instance publique. En fait, le législateur a intégré la participation des avocats spéciaux au régime établi par la *LIPR* pour le rendre conforme aux exigences de fond de l'art. 7 de la *Charte* telle qu'elles ont été décrites dans *Charkaoui I*. Le fait de savoir si le régime permet de réaliser cette intention est la question constitutionnelle au cœur du présent pourvoi, question que je vais maintenant aborder.

(4) Les carences dont serait entaché le régime établi par la *LIPR*

[48] M. Harkat allègue essentiellement que la communication de résumés publics et la protection des intérêts de la personne visée par des avocats spéciaux ne suffisent pas à rendre le régime établi par la *LIPR* conforme aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. J'examinerai à tour de rôle chacune des carences dont serait entaché ce régime.

a) *Le régime permet-il à la personne visée d'obtenir suffisamment de renseignements?*

[49] M. Harkat soutient que les résumés publics du dossier secret sont trop vagues et généraux. À son avis, ils ne permettent pas à la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. M. Harkat plaide que le droit de connaître la preuve et d'y répondre consiste essentiellement à pouvoir réfuter les détails par des détails. Toujours selon lui, le régime établi par la *LIPR* aborde la divulgation de manière trop catégorique : la personne visée n'obtiendra *jamais* communication des renseignements qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, quelle que soit l'importance de la communication pour sa défense. Une solution de rechange moins attentatoire consisterait à ce que le juge désigné se livre à un exercice

the public interest in non-disclosure to be balanced against the public interest in disclosure.

[50] In my view, the *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant. I base this conclusion on the designated judge's statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the Minister's case throughout the proceedings.

- (i) The *IRPA* Scheme Requires an Incompressible Minimum Amount of Disclosure to the Named Person

[51] At first blush, the provisions of the *IRPA* scheme appear to give precedence to confidentiality of information over the named person's right to know and meet the case. Section 83(1)(e) provides that,

throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

Thus, the content of the summaries must be tailored to satisfy the overriding proviso that no information or evidence injurious to national security or to the safety of any person may be disclosed.

[52] The *IRPA* scheme also provides, at s. 83(1)(i), that the judge may base his decision on information or evidence of which the named person has not been informed in summary form: "[T]he judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national . . .".

comme celui prévu au par. 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet de mettre en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

[50] À mon avis, le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution. Je fonde cette conclusion sur l'obligation légale du juge désigné de veiller tout au long de l'instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée de la thèse des ministres.

- (i) Le régime établi par la *LIPR* exige la divulgation d'une quantité minimale incompressible de renseignements à la personne visée

[51] À première vue, les dispositions du régime établi par la *LIPR* semblent privilégier la confidentialité des renseignements aux dépens du droit de la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Selon l'al. 83(1)e),

[le juge] veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

Il faut donc rédiger les résumés de façon à ce qu'ils soient conformes à la disposition prépondérante interdisant de divulguer tout renseignement ou élément de preuve préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[52] Le régime établi par la *LIPR* dispose également, à l'al. 83(1)i), que le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n'a pas été fourni à la personne visée : « [I] peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé . . . ».

[53] The combination of ss. 83(1)(e) and 83(1)(i) could conceivably lead to a situation where the judge makes a decision on the reasonableness of the security certificate despite the fact that the named person has only received severely truncated disclosure. Noël J. even contemplated a scenario where the named person receives virtually no disclosure: “There may come a time when the only evidence to justify inadmissibility on security ground originates from a very sensitive source, and that the disclosure of such evidence, even through a summary, would inevitably disclose the source” (2010 FC 1242, at para. 59). He nevertheless found the disclosure provisions of the *IRPA* scheme to be constitutional.

[54] In my view, Noël J. erred in interpreting the *IRPA* scheme in a manner that allows for that scenario. *Charkaoui I* makes clear that there is an incompressible minimum amount of disclosure that the named person must receive in order for the scheme to comply with s. 7 of the *Charter*. He or she must receive sufficient disclosure to know and meet the case against him or her.

[55] Parliament amended the *IRPA* scheme with the intent of making it compliant with the s. 7 requirements expounded in *Charkaoui I*, and it should be interpreted in light of this intention: *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paras. 28-29. The *IRPA* scheme’s requirement that the named person be “reasonably informed” (“*suffisamment informé*”) of the Minister’s case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure.

[56] Under the *IRPA* scheme, a named person is “reasonably informed” if he has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates which will allow them to challenge the information and evidence relied upon by the Minister in the closed hearings. Indeed, the named person’s ability

[53] L’application combinée des al. 83(1)(e) et i) pourrait aboutir à une situation où le juge se prononce sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité même si la personne visée n’a reçu que des renseignements considérablement tronqués. Le juge Noël a même envisagé un scénario où la personne visée ne recevrait pratiquement aucun renseignement : « Il se peut que, dans certaines affaires, la seule preuve justifiant l’interdiction de territoire pour des raisons de sécurité découle d’une source très sensible et que la divulgation d’une telle preuve, même au moyen d’un résumé, révélerait inévitablement la source » (2010 CF 1242, par. 59). Il a néanmoins jugé constitutionnelles les dispositions du régime établi par la *LIPR* concernant la divulgation.

[54] À mon avis, le juge Noël a commis une erreur en donnant au régime établi par la *LIPR* une interprétation qui ouvre la porte à ce scénario. Il ressort nettement de *Charkaoui I* que la personne visée doit recevoir une quantité minimale incompressible de renseignements pour que le régime soit conforme à l’art. 7 de la *Charte*. Elle doit recevoir des renseignements suffisants pour connaître la preuve qui pèse contre elle et y répondre.

[55] Le législateur a modifié le régime établi par la *LIPR* dans l’intention de le rendre conforme aux exigences de l’art. 7 exposées dans *Charkaoui I*, et il faut l’interpréter en fonction de cette intention : *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 28-29. L’exigence de ce régime voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » (« *reasonably informed* ») de la thèse du ministre doit être considérée comme une reconnaissance de l’obligation de fournir à la personne visée une quantité minimale incompressible de renseignements.

[56] Suivant le régime établi par la *LIPR*, la personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner des instructions utiles à ses avocats publics, mais aussi des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux qui permettront à ces derniers de contester l’information et la preuve invoquées par le ministre lors

to answer the Minister’s case hinges on the effectiveness of the special advocates, which in turn depends on the special advocates being provided with meaningful guidance and information. As the House of Lords of the United Kingdom put it in referring to disclosure under the British special advocates regime, the named person

must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions in relation to those allegations. . . . Where . . . the open material consists purely of general assertions and the case . . . is based solely or to a decisive degree on closed materials the requirements of a fair trial will not be satisfied, however cogent the case based on the closed materials may be.

(*Secretary of State for the Home Department v. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, at para. 59, *per* Lord Phillips of Worth Matravers)

I would add that the named person need not only be given sufficient information about the allegations against him, but also about the evidence on the record.

[57] The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against the named person. Ultimately, the judge is the arbiter of whether this standard has been met. At the very least, the named person must know the essence of the information and evidence supporting the allegations. This excludes the scenario where the named person receives no disclosure whatsoever of essential information or evidence.

[58] The *IRPA* scheme is silent as to what happens if there is an irreconcilable tension between the requirement that the named person be “reasonably informed”, on the one hand, and the imperative that sensitive information not be disclosed, on the other. The *IRPA* scheme does not provide that the “reasonably informed” standard can be compromised. But nor does it provide that sensitive

des audiences à huis clos. En effet, l’aptitude de la personne visée à réfuter la thèse du ministre dépend de l’efficacité des avocats spéciaux, laquelle dépend à son tour de la réception d’indications et de renseignements utiles par ceux-ci. Comme l’a dit la Chambre des lords du Royaume-Uni en parlant de la divulgation prévue par le régime britannique des avocats spéciaux, la personne visée

[TRADUCTION] doit obtenir suffisamment de renseignements au sujet des allégations formulées contre elle pour être en mesure de donner des instructions efficaces relativement à ces allégations. [. . .] Lorsque [. . .] les documents publics contiennent uniquement des affirmations générales et que l’affaire [. . .] est fondée exclusivement ou à un degré décisif sur des documents secrets, les exigences d’un procès équitable ne sont pas respectées, aussi convaincant que puisse être la cause fondée sur les documents secrets.

(*Secretary of State for the Home Department c. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, par. 59, lord Phillips of Worth Matravers)

J’ajouterais que la personne visée doit obtenir assez de renseignements non seulement au sujet des allégations formulées contre elle, mais également à propos de la preuve au dossier.

[57] L’étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d’une affaire à l’autre, selon les allégations et la preuve qui pèsent contre elle. En dernier ressort, c’est au juge qu’il appartient de décider si cette norme a été respectée. La personne visée doit à tout le moins connaître l’essentiel des renseignements et de la preuve à l’appui des allégations, ce qui exclut le scénario où elle ne reçoit aucune divulgation quelle qu’elle soit des renseignements ou éléments de preuve essentiels.

[58] Le régime établi par la *LIPR* n’indique pas ce qui arrive en cas de tension irréconciliable entre les exigences voulant que la personne visée soit « suffisamment informée », d’une part, et l’impératif de ne pas divulguer les renseignements sensibles, d’autre part. Le régime en cause ne permet pas de faire entorse à la norme de la personne « suffisamment informée », pas plus qu’il n’autorise à divulguer des

information can be disclosed where this is absolutely necessary in order for the “reasonably informed” standard to be met.

[59] In my view, the necessary outcome of situations where there is an irreconcilable tension is that the Minister must withdraw the information or evidence whose non-disclosure prevents the named person from being reasonably informed. In some cases, this may effectively compel the Minister to put an end to the proceedings.

[60] To hold that the Minister can rely on essential information and evidence of which the named person cannot be reasonably informed would force the judge to violate the responsibility expressly placed on him by the statute, i.e. his duty to ensure that the named person remain reasonably informed throughout the proceedings. It cannot have been Parliament’s intent to design a scheme in which the judge is required to violate the responsibilities placed upon him. Consequently, the *IRPA* scheme must be interpreted as precluding the Minister from bringing a case in respect of which the named person cannot be kept reasonably informed. The scheme mandates that the named person remain reasonably informed — i.e. that he be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates — throughout the proceedings. If the named person is not reasonably informed, the proceedings will not have been in compliance with the *IRPA* scheme and the judge cannot confirm the certificate’s reasonableness. In such a case, the judge must quash the certificate, pursuant to s. 78 of the *IRPA*.

(ii) Only Information or Evidence That Raises a Serious Risk Must Be Withheld

[61] Only information and evidence that raises a *serious* risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The judge must ensure throughout the proceedings that the Minister does not cast too wide a net with his claims of confidentiality.

renseignements sensibles lorsque leur divulgation est absolument nécessaire pour satisfaire à cette norme.

[59] J’estime qu’en cas de tension irréconciliable, le ministre doit retirer les renseignements ou les éléments de preuve dont la non-divulgation empêche la personne visée d’être suffisamment informée. Dans certains cas, cette tension irréconciliable pourrait, dans les faits, contraindre le ministre à mettre un terme à l’instance.

[60] Conclure à la possibilité pour le ministre d’invoquer des renseignements et éléments de preuve essentiels dont la personne visée ne peut pas être suffisamment informée obligerait le juge à faillir à la responsabilité que lui confie expressément la loi, soit veiller tout au long de l’instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de concevoir un régime obligeant le juge à faillir aux responsabilités qui lui sont confiées. En conséquence, le régime établi par la *LIPR* doit être interprété comme interdisant au ministre d’engager une procédure à l’égard de laquelle la personne visée ne peut être tenue suffisamment informée. Le régime requiert que la personne visée demeure suffisamment informée — c.-à-d. qu’elle doit être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics et des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux — tout au long de l’instance. Si elle n’est pas suffisamment informée, l’instance ne respecte pas le régime établi par la *LIPR* et le juge ne peut confirmer le caractère raisonnable du certificat. En pareil cas, il doit annuler le certificat en application de l’art. 78 de la *LIPR*.

(ii) Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux doivent être gardés confidentiels

[61] Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque *sérieux* d’atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Tout au long de l’instance, il incombe au juge de garantir que le ministre ne vise pas trop large lorsqu’il invoque la confidentialité.

[62] While the *IRPA* scheme provides that closed hearings must be held when the disclosure of information *could* be injurious (s. 83(1)(c), *IRPA*), it mandates the withholding of information from public summaries only if its disclosure *would, in the judge's opinion*, be injurious (s. 83(1)(e), *IRPA*). The judge must err on the side of caution in ordering closed hearings during which he can ascertain the validity of the Minister's position with respect to the sensitivity of given information or evidence. However, once the judge has heard the parties, he must ensure that only information or evidence which *would* injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. "It is the Ministers who bear the burden of establishing that disclosure not only could but would be injurious to national security, or endanger the safety of any person": *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43, at para. 9, *per* Dawson J. (emphasis added).

[63] The judge must be vigilant and skeptical with respect to the Minister's claims of confidentiality. Courts have commented on the government's tendency to exaggerate claims of national security confidentiality: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at para. 108; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80, at paras. 73-77 and 98; see generally C. Forcese, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. As Justice O'Connor commented in his report on the Arar inquiry,

overclaiming exacerbates the transparency and procedural fairness problems that inevitably accompany any proceeding that can not be fully open because of [national security confidentiality] concerns. It also promotes public suspicion and cynicism about legitimate claims by the Government of national security confidentiality.

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of*

[62] Le régime établi par la *LIPR* prévoit certes la tenue d'audiences à huis clos si la divulgation de renseignements *pouvait* porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)c) *LIPR*); il intime toutefois de taire dans les résumés de la preuve seulement les renseignements dont la divulgation *porterait* atteinte, *selon le juge*, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)e) *LIPR*). Le juge doit privilégier la prudence lorsqu'il s'agit d'ordonner la tenue d'audiences à huis clos durant lesquelles il peut examiner la validité de la position du ministre quant au degré de sensibilité de certains renseignements ou éléments de preuve. Cela dit, après avoir entendu les parties, le juge doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui *porteraient* atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. « Il incombe aux ministres d'établir que la divulgation non seulement pourrait porter atteinte mais qu'elle porterait effectivement atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » : *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII), par. 9, la juge Dawson (je souligne).

[63] Le juge doit être vigilant et sceptique quant aux allégations du ministre relatives à la confidentialité. Les tribunaux ont formulé des commentaires quant à la propension du gouvernement à exagérer les réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, par. 108; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII), par. 73-77 et 98; voir plus généralement C. Forcese, « Canada's National Security "Complex" : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. Comme l'a affirmé le juge O'Connor dans son rapport sur la Commission Arar,

la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations [de confidentialité liées à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale.

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar,

the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations (2006), at p. 302)

[64] The judge is the gatekeeper against this type of overclaiming, which undermines the *IRPA* scheme's fragile equilibrium. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

(iii) The Absence of a Balancing Approach Does Not Make the Scheme Unconstitutional

[65] In addition, Mr. Harkat argues that the *IRPA* scheme's approach to disclosure is unconstitutional because it fails to provide for a balancing of countervailing interests. In his view, s. 7 of the *Charter* requires the adoption of an approach similar to the one found in s. 38.06(2) of the *CEA*, which allows the judge to order disclosure of national security information if “the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure”.

[66] I would reject this contention. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure. Rather, it requires a fair process. “There is no free-standing principle of fundamental justice requiring a proper balancing of interests in general, or requiring the balancing of interests in decisions about disclosure”: H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 229. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations (2006), p. 326-327)

[64] Le juge est le gardien qui doit nous prémunir contre la multiplication des réclamations qui menace le fragile équilibre qu'atteint le régime établi par la *LIPR*. La multiplication systématique des réclamations porterait atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou minerait l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(iii) L'absence d'une mise en balance n'invalide pas le régime sur le plan constitutionnel

[65] De plus, selon M. Harkat, l'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation est inconstitutionnelle parce qu'elle ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires. À son avis, l'art. 7 de la *Charte* exige l'adoption d'une approche semblable à celle prévue au par. 38.06(2) de la *LPC* qui autorise un juge à ordonner la divulgation de renseignements relatifs à la sécurité nationale si « les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation ».

[66] Je suis d'avis de rejeter cette prétention. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation. Il exige plutôt que le processus soit équitable. [TRADUCTION] « Il n'existe pas de principe distinct de justice fondamentale exigeant une mise en balance en bonne et due forme des intérêts en général, ou exigeant la mise en balance des intérêts dans le contexte de décisions relatives à la divulgation » : H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 229. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

(b) *Are the Special Advocates a “Substantial Substitute” to Participation by the Named Person?*

[67] As discussed, the named person and his public counsel do not have access to the closed record, nor can they participate in the closed hearings. Parliament added the role of special advocates to the *IRPA* scheme so that they could serve as a proxy for the named person in the closed portion of the proceedings. Mr. Harkat argues that the restrictions on the special advocates’ ability to communicate with the named person prevent them from effectively protecting the named person’s interests. Specifically, he claims that communications between the named person and the special advocates should not be subject to restrictions. He also contends that the special advocates will be unable to seek judicial authorization without breaching solicitor-client privilege. As a consequence, in his view, the addition of special advocates to the regime fails to address the concerns voiced by this Court in *Charkaoui I*.

[68] The communications restrictions imposed on special advocates are significant, requiring judicial authorization for *any* communication regarding the proceedings between the special advocates and the named person or a third party, after the special advocates have received confidential materials. However, they do not render the scheme unconstitutional. I come to this conclusion for three reasons.

[69] First, the restrictions on communications by the special advocates are not absolute. They can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge: s. 85.4(2), *IRPA*. While this process is less fluid and efficient than the unfettered communications that prevail between a lawyer and his client, it should be remembered that s. 7 of the *Charter* does not guarantee a perfect process. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties.

b) *Les avocats spéciaux remplacent-ils pour l’essentiel la participation de la personne visée?*

[67] Comme nous l’avons vu, la personne visée et ses avocats publics n’ont pas accès au dossier confidentiel et ne peuvent pas participer aux audiences à huis clos. Le législateur a ajouté au régime de la *LIPR* un rôle pour des avocats spéciaux de manière à ce qu’ils puissent défendre les intérêts de la personne visée durant la portion à huis clos des procédures. M. Harkat fait valoir que les restrictions aux communications entre la personne visée et les avocats spéciaux empêchent ces derniers de défendre efficacement les intérêts de cette personne. Plus précisément, il soutient que ces communications ne devraient faire l’objet d’aucune restriction. Il soutient en outre que les avocats spéciaux sont incapables de solliciter une autorisation judiciaire sans contrevenir à leur secret professionnel. Ainsi, selon lui, l’ajout au régime des avocats spéciaux ne règle en rien les préoccupations exprimées par la Cour dans *Charkaoui I*.

[68] Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux sont certes importantes. Après que ces derniers ont reçu des renseignements confidentiels, *toute* communication relative aux procédures, entre eux et la personne visée ou un tiers, doit faire l’objet d’une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, elles ne rendent pas le régime inconstitutionnel. J’en arrive à cette conclusion pour trois raisons.

[69] Premièrement, les restrictions aux communications par les avocats spéciaux ne sont pas absolues. Elles peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées : par. 85.4(2) *LIPR*. Même si ce processus est moins fluide et efficace que celui des communications illimitées qui prévalent entre un avocat et son client, il ne faut pas oublier que l’art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l’existence d’un processus parfait. Le recours à l’autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires afin que les avocats spéciaux s’acquittent de leurs fonctions.

[70] The broad discretion conferred by the *IRPA* scheme averts unfairness that might otherwise result from the communications restrictions. The designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The restrictions on communications are designed to avert *serious* risks of disclosure of information or evidence whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. While the *IRPA* scheme requires the judge to minimize risks of inadvertent disclosure of information, the judge must also give special advocates significant latitude. The special advocates are competent and security-cleared lawyers, who take their professional and statutory obligations seriously. They have the ability to distinguish between the public and confidential aspects of their case. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real — as opposed to a speculative — risk of injurious disclosure. As much as possible, the special advocates should be allowed to investigate the case and develop their strategy by communicating with the named person, the named person’s public counsel, and third parties who may bring relevant insights and information.

[71] Second, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings. This is significant. As discussed above, the public summaries provided on an ongoing basis to the named person will ensure that he or she is sufficiently informed to provide meaningful guidance and information to the special advocates. These summaries should elicit helpful one-way communications from the named person to the special advocates. And these one-way communications may in turn give rise to

[70] Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le régime de la *LIPR* prévient l’iniquité qui pourrait autrement découler des restrictions aux communications. Le juge désigné peut s’assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d’audiences publiques. Les restrictions aux communications visent à éviter les risques *sérieux* rattachés à la divulgation de renseignements ou d’éléments de preuve qui porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d’autrui. Bien que le régime établi par la *LIPR* exige que le juge minimise les risques de divulgation par inadvertance de renseignements, il doit aussi donner aux avocats spéciaux une grande latitude. Ces derniers sont des avocats compétents qui possèdent une habilitation de sécurité. Ils s’acquittent de leurs obligations professionnelles et légales avec sérieux. Ils ont la capacité de faire la différence entre les aspects publics et confidentiels de leur dossier. Le juge devrait donc adopter une approche libérale lorsqu’il est question d’autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d’un risque réel — par opposition à un risque potentiel — de préjudice en cas de divulgation. Dans toute la mesure du possible, les avocats spéciaux devraient être autorisés à examiner le dossier et à élaborer leur stratégie en communiquant avec la personne visée et ses avocats publics, ainsi qu’avec des tiers qui pourraient leur fournir des points de vue et des renseignements pertinents.

[71] Deuxièmement, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de renseignements. Cela est important. Comme nous l’avons mentionné, les résumés publics fournis de manière continue à la personne visée garantiront qu’elle est suffisamment informée pour être en mesure de donner des indications et des renseignements adéquats aux avocats spéciaux. Ces résumés devraient permettre à la personne visée de communiquer à sens unique utilement avec les avocats spéciaux. D’ailleurs, ces

requests from the special advocates for judicial permission to communicate with the named person in order to obtain needed clarifications or additional information.

[72] Finally, the record does not support the conclusion that the *IRPA* scheme is unconstitutional on the basis that the special advocates must necessarily breach solicitor-client privilege in order to obtain judicial permission to communicate. As Noël J. noted, “[t]he question of assessing solicitor-client [privilege] remains theoretical in the case at hand. The requests to communicate presented did not directly or indirectly reveal such information”: 2010 FC 1242, at para. 178. Moreover, the evolving practices of the Federal Court may substantially lessen the tension between judicial authorization and privilege. For example, the special advocates can minimize the risk of revealing their litigation strategy by seeking to make submissions to the designated judge in the absence of the ministers’ lawyers: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 65.

[73] The issue of how to reconcile the judicial authorization process with solicitor-client privilege should be decided if and when it arises on the facts of a case: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 41; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11, at para. 24. It may be that an exception to solicitor-client privilege could be recognized in such circumstances: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 53, *per* Cory J.; *Almrei*, 2008 FC 1216, at paras. 60-62. Or it may instead be necessary to recognize that, in cases where judicial authorization cannot be granted without a breach of solicitor-client privilege, the proceedings fail to meet the requirements of s. 7 of the *Charter* and that a remedy should be granted under s. 24(1) of the *Charter*.

communications pourraient en retour inciter les avocats spéciaux à demander la permission au juge de communiquer avec la personne visée de manière à obtenir des clarifications nécessaires ou des renseignements supplémentaires.

[72] Troisièmement, le dossier n’étaye pas la conclusion selon laquelle le régime établi par la *LIPR* est inconstitutionnel parce que les avocats spéciaux doivent nécessairement violer le secret professionnel avocat-client pour obtenir la permission judiciaire de communiquer avec la personne visée. Comme le juge Noël l’a souligné, « [l]a question de l’examen des renseignements protégés par le secret professionnel reste théorique en l’espèce. Les demandes de communication présentées n’ont pas directement ou indirectement révélé de tels renseignements » : 2010 CF 1242, par. 178. En outre, les pratiques en évolution de la Cour fédérale pourraient réduire considérablement la tension qui prévaut entre l’autorisation judiciaire et la sauvegarde du secret professionnel. À titre d’exemple, les avocats spéciaux peuvent minimiser le risque de révéler leur stratégie quant au dossier en demandant à présenter leurs observations au juge désigné en l’absence des avocats des ministres : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 65.

[73] La question de savoir comment concilier le processus d’autorisation judiciaire et le secret professionnel de l’avocat devrait être tranchée si elle est soulevée par les faits d’un dossier et quand elle le sera : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 41; *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII), par. 24. Dans de telles circonstances, une exception à la règle du secret professionnel de l’avocat pourrait être reconnue : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 53, le juge Cory; *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 60-62. Ou encore, il pourrait être nécessaire de reconnaître que, dans les cas où l’autorisation judiciaire ne peut être accordée sans que le secret professionnel de l’avocat soit violé, le processus ne satisfait pas aux exigences de l’art. 7 de la *Charte* et il y a lieu d’accorder une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(c) *Does the Admission of Hearsay Evidence Render the Scheme Unconstitutional?*

[74] The *IRPA* scheme provides that the usual rules of evidence do not apply to the security certificate proceedings. Rather, any evidence that the judge determines to be “reliable and appropriate” is admissible: s. 83(1)(h), *IRPA*. It is argued that this denies the named person’s s. 7 *Charter* rights, since the special advocates will be unable to meaningfully test the evidence.

[75] It is true that some evidence which is admissible under the *IRPA* scheme cannot be tested for reliability and accuracy in the usual manner. For example, the *IRPA* scheme would allow the admission of a foreign intelligence agency’s report that the judge deems “reliable and appropriate”, despite the fact that it is hearsay. The special advocates will not have had the opportunity to cross-examine the foreign sources quoted in the report or the operatives who compiled it.

[76] While s. 83(1)(h) of the *IRPA* may result in the admission of hearsay evidence and deny the special advocates the ability to cross-examine sources, it does not violate s. 7 of the *Charter*. As this Court recognized in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, “the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice”: p. 453, *per* L’Heureux-Dubé J. As discussed, s. 7 guarantees a fundamentally fair process. The rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses simply provide a means towards such a process, by screening out unreliable evidence: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 48. The *IRPA* scheme achieves this purpose of excluding unreliable evidence by alternative means. It provides the designated judge with broad discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”. This broad discretion allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose

c) *L’admission de preuve par oui-dire rend-elle le régime inconstitutionnel?*

[74] Le régime établi par la *LIPR* prévoit que les règles de preuve habituelles ne s’appliquent pas aux procédures relatives aux certificats de sécurité intentées en vertu de cette loi. C’est plutôt tout élément de preuve que le juge estime « digne de foi et utile » qui est admissible : al. 83(1)h) *LIPR*. On fait valoir que cette règle prive la personne visée des droits que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* puisque les avocats spéciaux seront incapables de mettre la preuve en doute utilement.

[75] Certains éléments de preuve admissibles en application du régime établi par la *LIPR* ne peuvent certes être mis en doute pour en vérifier comme d’habitude la fiabilité et l’exactitude. Par exemple, selon ce régime, le rapport d’un organisme étranger de renseignement serait admissible si le juge estimait qu’il est « digne de foi et utile », même s’il s’agit de oui-dire. Les avocats spéciaux n’auraient l’occasion de contre-interroger ni les sources étrangères citées dans le rapport ni les agents secrets qui l’ont rédigé.

[76] Bien que l’al. 83(1)h) de la *LIPR* puisse entraîner l’admission de preuve par oui-dire et empêcher les avocats spéciaux de contre-interroger les sources, il n’enfreint pas l’art. 7 de la *Charte*. Comme la Cour l’a reconnu dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, « les règles de preuve n’ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale » : p. 453, la juge L’Heureux-Dubé. Je le répète, l’art. 7 garantit un processus fondamentalement équitable. La règle qui interdit la preuve par oui-dire et le droit de contre-interroger les témoins ne constituent que des moyens de parvenir à la fin recherchée, en écartant les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 48. Le régime établi par la *LIPR* atteint cet objectif en écartant ces éléments de preuve par d’autres moyens. En effet, il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles ». Ce vaste pouvoir discrétionnaire

probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

(5) Concluding Remarks on the Constitutionality of the IRPA Scheme

[77] I have concluded that the impugned provisions of the IRPA scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. However, it must be acknowledged that these provisions remain an imperfect substitute for full disclosure in an open court. There may be cases where the nature of the allegations and of the evidence relied upon exacerbate the limitations inherent to the scheme, resulting in an unfair process. In light of this reality, the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate — including, if necessary, a stay of proceedings.

B. *Are CSIS Human Sources Covered by Privilege and Can They Be Cross-Examined?*

[78] Mr. Harkat's special advocates ask the Court for an order permitting them to interview and cross-examine the CSIS human sources relied upon by the Minister in the case against him. Noël J. denied this order, holding that the identity of the sources and information which tends to reveal their identity is covered by a common law "class" privilege.

[79] The Federal Court of Appeal disagreed. It held that, unlike police informers, CSIS human sources are not protected by common law class

permet au juge d'exclure non seulement les éléments de preuve qu'il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l'effet préjudiciable à l'endroit de la personne visée l'emporte sur leur valeur probante.

(5) Dernières remarques quant à la constitutionnalité du régime établi par la LIPR

[77] Je conclus que les dispositions contestées du régime établi par la LIPR sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Cependant, il faut reconnaître que ces dispositions créent un régime qui demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique. Dans certains cas, la nature des allégations et de la preuve à l'appui pourrait exacerber les limites inhérentes au régime et donner lieu à un processus inéquitable. Compte tenu de cette réalité, le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire — y compris, si nécessaire, un arrêt des procédures.

B. *Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?*

[78] Les avocats spéciaux de M. Harkat demandent à la Cour de rendre une ordonnance les autorisant à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS sur lesquelles se fonde le ministre pour poursuivre celui dont ils défendent les intérêts. Le juge Noël a refusé de rendre cette ordonnance, estimant que l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité sont protégés par un privilège « générique » en common law.

[79] La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et a conclu qu'à la différence des indicateurs de police, les sources humaines du SCRS

privilege. However, it did not deal with whether the human sources could be cross-examined.

[80] I agree with the Federal Court of Appeal that CSIS human sources are not protected by a class privilege. However, this is not to say that they are left entirely unprotected by the security certificate regime. The *IRPA* scheme provides a mechanism to protect their identity, as I will now discuss.

(1) Does Privilege Attach to CSIS Human Sources?

[81] It is important to note at the outset that the *IRPA* scheme provides protection for the identity of sources and of information that tends to reveal that identity. Indeed, the starting point under the *IRPA* scheme is that all information whose disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of a person is protected from disclosure to the named person and to the public: s. 83(1)(d). In most cases, the disclosure of the identity of human sources would both be injurious to national security and endanger the safety of those sources. Consequently, their identity will generally be protected from disclosure under the *IRPA* scheme.

[82] As a limited exception to this general principle of non-disclosure, the *IRPA* scheme provides that special advocates get full disclosure of all the evidence provided by the Minister to the judge: s. 85.4(1). The Minister has no obligation, however, to disclose privileged materials to anyone.

[83] It thus becomes necessary to determine whether the identities of CSIS human sources, and related information, are privileged. But it is important to bear in mind that even if they are not privileged, the judge under the *IRPA* scheme has the duty to prevent disclosure to the public and to the named person of this information if it would be injurious to national security or the safety of the

ne sont pas protégées par un privilège générique en common law. Elle n'a cependant pas étudié la question de savoir s'il était possible de contre-interroger ces dernières.

[80] Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Cela ne veut toutefois pas dire que le régime de certificats de sécurité ne leur accorde aucune protection. En effet, le régime établi par la *LIPR* prévoit un mécanisme de protection de leur identité, comme je vais maintenant l'expliquer.

(1) Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège?

[81] Il importe de signaler d'entrée de jeu que le régime établi par la *LIPR* protège l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité. D'ailleurs, ce régime part du postulat que les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne peuvent être divulgués à la personne visée ou au public : al. 83(1)d). Dans la plupart des cas, la divulgation de l'identité des sources humaines porterait atteinte tant à la sécurité nationale qu'à la sécurité de ces sources. C'est pourquoi le régime établi par la *LIPR* interdit généralement de dévoiler leur identité.

[82] Ce principe général de non-divulgaration souffre d'une exception dont la portée est toutefois limitée : le régime établi par la *LIPR* prévoit la communication aux avocats spéciaux de tous les éléments de preuve fournis au juge par le ministre : par. 85.4(1). Par contre, ce dernier n'est nullement tenu de communiquer des documents protégés à qui que ce soit.

[83] Il devient dès lors nécessaire de décider si l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes sont protégés. Il importe cependant de garder à l'esprit que même s'ils ne sont pas, le régime établi par la *LIPR* impose au juge l'obligation d'empêcher que ces renseignements soient divulgués au public et à la personne visée si cela portait atteinte à la sécurité nationale ou à celle

sources. The information will thus generally remain within the confines of the closed circle formed by the designated judge, the special advocates — who, it bears repeating, are security-cleared lawyers — and the Minister’s lawyers.

[84] Against this background, I come to the question: Are the identities of CSIS human sources and information that might reveal their identity protected by common law privilege?

[85] It is argued that police informer privilege attaches to CSIS human sources. I agree with the Federal Court of Appeal that it does not. Traditional police work involving informers, on the one hand, and the collection of security intelligence and information, on the other, are two different things. Indeed, Parliament created CSIS in recognition of this emerging distinction: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (“*Charkaoui I*”), at paras. 21-22. Courts developed police informer privilege at a time when the police investigated crimes locally and collected evidence mainly for use in criminal trials. By contrast, the intelligence gathering conducted by CSIS takes place on a global scale and is geared towards prospectively preventing risks: K. Roach, “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in N. McGarrity, A. Lynch and G. Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Police have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary, because doing so can make it harder to use an informer as a witness. CSIS, on the other hand, is not so constrained. It is concerned primarily with obtaining security intelligence, rather than finding evidence for use in court. While evidence gathered by the police was traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that — as is the case here — have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. The differences between traditional policing and modern intelligence

de ces sources. Ces renseignements ne sortent donc généralement pas du cercle fermé que forment le juge désigné, les avocats spéciaux — qui, faut-il le rappeler, possèdent une habilitation de sécurité — et les avocats du ministre.

[84] Dans ce contexte, je vais maintenant me pencher sur la question de savoir si l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements qui pourraient la révéler sont protégés par un privilège en common law.

[85] On fait valoir que le privilège relatif aux indicateurs de police vaut pour les sources humaines du SCRS. À l’instar de la Cour d’appel fédérale, j’estime que ce n’est pas le cas. Le travail classique des policiers auquel participent des indicateurs, d’une part, et la collecte de renseignements et d’informations de sécurité, d’autre part, sont deux choses différentes. En effet, le législateur a créé le SCRS du fait de cette nouvelle distinction : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), par. 21-22. Les tribunaux ont établi le privilège relatif aux indicateurs de police à une époque où les policiers enquêtaient sur des crimes localement et recueillaient des éléments de preuve principalement pour les utiliser lors de procès criminels. À l’inverse, le SCRS recueille des renseignements à l’échelle mondiale afin de prévenir les risques de manière prospective : K. Roach, « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », dans N. McGarrity, A. Lynch et G. Williams, dir., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Les policiers ont intérêt à ne pas promettre l’anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s’ils le font, il sera plus difficile d’avoir recours à lui comme témoin. Le SCRS, quant à lui, ne fait pas face à une telle contrainte. Son premier souci est d’obtenir des renseignements relatifs à la sécurité, plutôt que de trouver des éléments de preuve à utiliser devant un tribunal. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l’accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les

gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources.

[86] I have found no persuasive authority for the proposition that police informer privilege applies to CSIS human sources. In *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, cited as authority by Abella and Cromwell JJ., the issue was whether an informer who had worked successively for CSIS and the RCMP was a state agent for purposes of applying the *Charter*. The court remarked that one distinction between a state agent and a confidential informer is that privilege applies only to the latter (para. 122). The court's reasons can be read as assuming that privilege would attach to a CSIS informer, but that point was not squarely before the court and was not decided.

[87] Nor, in my view, should this Court create a new privilege for CSIS human sources. This Court has stated that “[t]he law recognizes very few ‘class privileges’” and that “[i]t is likely that in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to CSIS human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and CSIS or to encourage sources to come forward to CSIS (see reasons of Abella and Cromwell JJ.), it can enact the appropriate protections. Finally, the question arises whether judges should have the power to shield the identity of human sources from special advocates on a case-by-case basis where they conclude that

renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l'existence d'une conduite criminelle dans une instance — comme c'est le cas en l'espèce — où les règles de preuve sont souples et permettent d'admettre une preuve par ouï-dire. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d'appliquer systématiquement le privilège d'indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS.

[86] Je n'ai trouvé aucun arrêt convaincant qui permet d'affirmer que le privilège d'indicateur de police s'applique aux sources humaines du SCRS. Dans *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, un précédent cité par les juges Abella et Cromwell, il s'agissait de savoir si un indicateur ayant travaillé successivement pour le SCRS et la GRC était un agent de l'État pour l'application de la *Charte*. La Cour d'appel a fait remarquer que le privilège ne s'applique qu'à l'indicateur anonyme, et non à l'agent de l'État (par. 122). On peut bien considérer que la Cour d'appel tient pour acquis dans ses motifs que le privilège s'appliquerait à un indicateur du SCRS, mais elle n'était pas directement saisie de ce point, qui n'a pas été tranché.

[87] À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de “privilèges génériques” » et qu'« [i]l est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège “générique” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d'étendre un privilège aux sources humaines du SCRS : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, que ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le SCRS ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs des juges Abella et Cromwell), il peut adopter les mesures de protection voulues. Enfin, la

public interests in non-disclosure outweigh the benefits of disclosure. This question was not argued by the parties, and I offer no comment on it, other than to note that the *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

(2) Should the Special Advocates Be Authorized to Interview and Cross-Examine the Human Sources?

[88] The special advocates ask this Court to rule that they may interview and cross-examine the CSIS human sources who have provided information used against Mr. Harkat.¹ I have concluded that the identity of CSIS human sources is not privileged. However, it does not follow from the absence of a privilege that special advocates have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. As discussed above, the designated judge may admit information provided by these sources as hearsay evidence, if he concludes that the evidence is “reliable and appropriate”: s. 83(1)(h), *IRPA*. The Minister has no obligation to produce CSIS human sources as witnesses, although the failure to do so may weaken the probative value of his evidence.

[89] This said, the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*. The designated judge has the discretion to allow the special

¹ The special advocates have already had access to the complete human source files. Although the designated judge found that privilege applied to CSIS human sources, he nevertheless ordered disclosure of unredacted versions of the relevant files to the special advocates as a remedy for breaches by the ministers of their obligations towards Mr. Harkat. See 2009 FC 553 and 2009 FC 1050.

question se pose de savoir si le juge devrait disposer du pouvoir de dissimuler aux avocats spéciaux l’identité des sources humaines dans les cas où il conclut que les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgence de l’identité l’emportent sur les avantages de sa divulgation. La question n’a pas été débattue par les parties et je ne ferai aucun commentaire à ce sujet, sauf pour signaler que le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

(2) Les avocats spéciaux devraient-ils être autorisés à questionner et à contre-interroger les sources humaines?

[88] Les avocats spéciaux demandent à la Cour d’ordonner qu’ils puissent questionner et contre-interroger les sources humaines du SCRS qui ont fourni des renseignements utilisés contre M. Harkat¹. J’ai conclu que l’identité des sources humaines du SCRS n’est pas protégée par un privilège. Cela dit, les avocats spéciaux n’ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Comme je l’ai déjà mentionné, le juge désigné peut admettre en preuve des renseignements fournis par ces sources comme de la preuve par oui-dire s’il estime qu’ils sont « digne[s] de foi et utile[s] » : al. 83(1)(h) *LIPR*. Le ministre n’a aucunement l’obligation d’assigner à témoigner les sources humaines du SCRS, quoique la décision de ne pas le faire pourrait affaiblir la valeur probante de sa preuve.

[89] Cela dit, les avocats spéciaux peuvent « exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2(c) *LIPR*. Ainsi, le juge désigné a le pouvoir discrétionnaire de les autoriser

¹ Les avocats spéciaux ont déjà eu accès aux dossiers complets relatifs aux sources humaines. Même si le juge désigné a conclu qu’un privilège s’appliquait aux sources humaines du SCRS, il a ordonné la communication aux avocats spéciaux de versions non expurgées des dossiers pertinents à titre de réparation pour les manquements par les ministres aux obligations qui leur incombent à l’endroit de M. Harkat. Voir 2009 CF 553 et 2009 CF 1050.

advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing. This discretion should be exercised as a last resort. The record before us establishes that a generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS's ability to recruit new sources. In most cases, disclosure to the special advocates of the human source files and other relevant information regarding the human sources will suffice to protect the interests of the named person.

[90] The case at hand is not one of those rare cases in which it is necessary to give special advocates permission to interview and cross-examine CSIS human sources. The special advocates contend that cross-examination is necessary in order to test the credibility of the human sources, to cross-examine them on Mr. Harkat's motives for coming to Canada in the mid-1990s, and to undermine the allegation that Mr. Harkat traveled to Afghanistan. In my view, Mr. Harkat and his special advocates have had sufficient opportunity to pursue those objectives, and the designated judge's weighing of the relevant evidence took into account the fact that it was hearsay. Indeed, the evidence on the record allowed the special advocates to undermine the credibility of one of the human sources and led Noël J. to rely on information originating from this source only when corroborated: see 2010 FC 1241, at footnote 1. Moreover, Mr. Harkat testified with respect to his motives for coming to Canada and denied the allegations that he visited Afghanistan. Noël J. made a strong adverse finding of credibility against Mr. Harkat on these issues: it is highly improbable that cross-examination of the human sources could have bolstered his credibility. There is therefore no need for this Court to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d'audiences à huis clos. Ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en dernier recours. Le dossier porté à notre connaissance démontre qu'une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d'audiences à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d'en recruter de nouvelles. Dans la plupart des cas, la communication aux avocats spéciaux des dossiers relatifs aux sources humaines et d'autres renseignements pertinents au sujet de ces dernières suffira à protéger les droits de la personne visée.

[90] La présente espèce n'est pas du type de celles, rares, où il est nécessaire d'autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS. Les avocats spéciaux prétendent qu'il est nécessaire de contre-interroger ces sources pour mettre leur crédibilité à l'épreuve, pour les questionner sur les motifs de la venue de M. Harkat au Canada au milieu des années 90 et pour miner l'allégation selon laquelle M. Harkat a voyagé en Afghanistan. À mon avis, M. Harkat et ses avocats spéciaux ont eu suffisamment l'occasion de poursuivre ces objectifs et, lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve pertinents, le juge désigné a tenu compte du fait qu'il s'agissait de oui-dire. En effet, la preuve au dossier a permis aux avocats spéciaux de miner la crédibilité d'une des sources humaines et a incité le juge Noël à se fonder sur les renseignements fournis par elle uniquement lorsqu'ils étaient corroborés : voir 2010 CF 1241, première note de bas de page. De plus, M. Harkat a témoigné quant aux motifs qui l'ont poussé à venir au Canada et a nié les allégations selon lesquelles il a visité l'Afghanistan. Le juge Noël a conclu très fermement au manque de crédibilité de M. Harkat quant à ces questions et il est hautement improbable que le contre-interrogatoire des sources humaines ait pu rehausser sa crédibilité. Il est donc inutile que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

C. *Did the Designated Judge Err in Refusing to Exclude the Summaries of Intercepted Conversations?*

[91] Mr. Harkat seeks the exclusion of summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. He argues that CSIS prejudiced his ability to know and meet the case against him by destroying the original operational notes and recordings that were the source materials for the summaries. Noël J. found the summaries to be reliable and concluded that the destruction of the operational materials did not prejudice Mr. Harkat. The Federal Court of Appeal disagreed, finding that the destruction of the materials prejudiced Mr. Harkat's ability to challenge the reliability and accuracy of the summaries. As a remedy, it excluded the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat was not privy.

(1) Did the Destruction of Source Materials Result in a Breach of Section 7 of the *Charter*?

[92] The original CSIS operational materials were destroyed in accordance with CSIS internal policy OPS-217, which required the systematic destruction of operational materials after operatives had completed their final reports and summaries. In *Charkaoui II*, this Court found that both the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, C-23 (“*CSIS Act*”), and the right to procedural fairness of the named person required CSIS “to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge”: para. 62.

[93] As a result of policy OPS-217, the original operational notes and recordings are lost evidence. Where the Minister loses evidence that should have been disclosed, he has a duty to explain what happened to it: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paras. 18-20. Where the Minister is unable to satisfy

C. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées?*

[91] M. Harkat demande, en application du par. 24(1) de la *Charte*, l'exclusion des résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Il soutient que le SCRS a porté atteinte à sa capacité de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre lorsque ses agents ont détruit les notes opérationnelles originales et les enregistrements qui ont servi de source pour préparer les résumés. Le juge Noël a jugé que les résumés étaient dignes de foi et a conclu que la destruction des documents opérationnels n'avait pas porté préjudice à M. Harkat. La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et plutôt estimé que la destruction des documents en question a porté atteinte à la capacité de M. Harkat de contester la fiabilité et l'exactitude des résumés. À titre de réparation, elle a exclu les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé.

(1) La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle entraîné une violation de l'art. 7 de la *Charte*?

[92] Les documents opérationnels originaux du SCRS ont été détruits conformément à la politique interne OPS-217 du Service qui exige la destruction systématique de ce type de documents dès lors que les agents ont mis la dernière touche à leurs rapports finaux et à leurs résumés. Dans *Charkaoui II*, la Cour a conclu que tant la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23 (« *Loi sur le SCRS* ») que le droit à l'équité procédurale de la personne visée exigent que le SCRS « conserv[e] l'ensemble des renseignements dont il dispose et [. . .] les divulgu[e] aux ministres ainsi qu'au juge désigné » : par. 62.

[93] En conséquence de l'application de la politique OPS-217, les notes opérationnelles originales et les enregistrements sont des éléments de preuve perdus. Lorsque le ministre perd des éléments de preuve qui auraient dû être communiqués, il est tenu d'expliquer ce qui s'est produit : *R. c. La*,

the judge that the evidence was not destroyed owing to unacceptable negligence, he has failed to meet his disclosure obligations and there has been a breach of s. 7 of the *Charter*: *ibid.*, at para. 20. In the present case, the destruction of operational notes pursuant to policy OPS-217 constitutes unacceptable negligence, within the meaning of *La*. Indeed, no reasonable steps were taken to preserve the evidence: *ibid.*, at para. 21. Quite the contrary. CSIS destroyed the materials in violation of the *CSIS Act*, and, in so doing, compromised “the very function of judicial review”: *Charkaoui II*, at para. 62. Consequently, the ministers failed to meet their disclosure obligations towards Mr. Harkat and breached s. 7 of the *Charter*.

(2) What Is the Appropriate Remedy?

[94] The finding that CSIS operational materials were destroyed through unacceptable negligence does not necessarily mean that the summaries of those materials must be excluded from the evidence. The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis, and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person’s case: *Charkaoui II*, at para. 46.

[95] The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission “would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system”: *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 3. “[T]he appropriate focus in most cases of late or insufficient disclosure under s. 24(1) is the remediation of prejudice to the accused” and the “safeguarding of the integrity of the justice system”: *ibid.*, at para. 26. Since the exclusion of evidence impedes the truth-seeking function of trials, it should only be resorted to if lesser remedies are inadequate to achieve those two purposes: *ibid.*, at para. 24.

[1997] 2 R.C.S. 680, par. 18-20. S’il est incapable de convaincre le juge que la destruction n’est pas le fruit d’une négligence inacceptable, il n’a pas satisfait à ses obligations en matière de communication et il y a violation de l’art. 7 de la *Charte* : *ibid.*, par. 20. En l’espèce, la destruction des notes opérationnelles conformément à la politique OPS-217 constitue une négligence inacceptable au sens de *La*. En effet, aucune mesure raisonnable n’a été prise pour conserver la preuve : *ibid.*, par. 21. Au contraire, le SCRS a détruit la documentation en contravention de la *Loi sur le SCRS* et, ce faisant, a compromis « la fonction même du contrôle judiciaire » : *Charkaoui II*, par. 62. En conséquence, les ministres n’ont pas satisfait aux obligations en matière de communication dont ils devaient s’acquitter envers M. Harkat et ont violé l’art. 7 de la *Charte*.

(2) Quelle est la réparation appropriée?

[94] La conclusion selon laquelle les documents opérationnels du SCRS ont été détruits par suite d’une négligence inacceptable ne signifie pas nécessairement pour autant que les résumés de ces documents doivent être exclus de la preuve. La réparation qu’il convient d’accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l’effet préjudiciable qu’elle a eu sur la cause de la personne visée : *Charkaoui II*, par. 46.

[95] Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation « rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l’intégrité du système de justice » : *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3. « [D]ans la plupart des cas de communication tardive ou insuffisante, l’analyse fondée sur le par. 24(1) doit être centrée sur la réparation du préjudice causé à l’accusé » et « la sauvegarde de l’intégrité du système de justice » : *ibid.*, par. 26. Puisque l’exclusion d’éléments de preuve entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, il ne faut y avoir recours que si les réparations moins drastiques ne conviennent pas pour atteindre ces deux objectifs : *ibid.*, par. 24.

[96] Thus, the question here is whether the exclusion of the summaries is necessary to remedy the prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. In my view, it is not.

[97] The disclosure of the summaries in an abridged version to Mr. Harkat and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the destruction of the originals makes it impossible to ascertain with complete certainty whether the summaries contain errors or inaccuracies: para. 133. "An assessment of prejudice is problematic where, as in this case, the relevant information has been irretrievably lost": *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, at para. 49. However, the impact of the loss of evidence on trial fairness must be considered "in the context of the rest of the evidence and the position taken by the defence": *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, at para. 38.

[98] The destruction of the original operational materials did not significantly prejudice Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. As Noël J. noted, reliable summaries of the original materials pertaining to the intercepted conversations were disclosed to Mr. Harkat. Mr. Harkat's position was to deny the very occurrence of most of those conversations rather than to challenge their specifics. And the content of the summaries is corroborated by the overall narrative of Mr. Harkat's life which emerged during the proceedings: 2010 FC 1243, at paras. 66-67.

[99] Moreover, I am satisfied that the admission of the summaries does not undermine the integrity of the justice system. While the destruction of CSIS operational materials was a serious breach of the duty to preserve evidence, it was not carried out for the purpose of deliberately defeating the Minister's

[96] Ainsi, la question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'exclusion des résumés est nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[97] La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Certes, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, la destruction des originaux empêche de vérifier avec une certitude absolue si les résumés contiennent des erreurs ou des inexactitudes : par. 133. [TRADUCTION] « L'évaluation du préjudice pose problème lorsque, comme en l'espèce, les renseignements pertinents sont irrémédiablement perdus » : *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, par. 49. Cependant, l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur l'équité du procès doit être examinée [TRADUCTION] « dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de la position adoptée par la défense » : *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, par. 38.

[98] Or, en l'espèce, la destruction des documents opérationnels originaux n'a pas porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Comme l'a fait remarquer le juge Noël, des résumés fiables des documents originaux relatifs aux conversations interceptées ont été communiqués à M. Harkat. Ce dernier a néanmoins choisi de nier l'existence même de la plupart de ces conversations plutôt que d'en contester les éléments précis. En outre, le contenu des résumés a été corroboré par le récit d'ensemble de la vie de M. Harkat telle qu'elle a été décrite lors des audiences : 2010 CF 1243, par. 66-67.

[99] En outre, je suis convaincue que l'admission en preuve des résumés ne mine pas l'intégrité du système de justice. Même si la destruction des documents opérationnels du SCRS a constitué une violation grave de l'obligation de conserver les éléments de preuve, elle n'a pas été menée pour

obligation to disclose. It must also be recognized that, prior to this Court's holding in *Charkaoui II*, the existence and scope of CSIS's legal obligation to preserve operational materials had not been definitively settled by the courts. It cannot be said that CSIS's application of policy OPS-217 evidenced a systematic disregard for the law. Since the admission of the summaries would neither deny procedural fairness to Mr. Harkat nor undermine the integrity of the justice system, I conclude that Noël J. made no reviewable errors in refusing to exclude the impugned summaries of intercepted conversations.

D. *Did the Ministers Breach Their Duties of Candour and Utmost Good Faith?*

[100] The special advocates argue that duties of candour and utmost good faith required the ministers to make extensive inquiries of foreign intelligence agencies for information and evidence regarding several alleged terrorists with whom they claim that Mr. Harkat had associated. They contend that the ministers failed to discharge these duties. The courts below found that the ministers made reasonable efforts to obtain information sought by the special advocates.

[101] In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: "The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld" (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that "[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case."

délibérément soustraire le ministre à son obligation de communiquer la preuve. Il faut aussi admettre que, avant que la Cour ne se prononce dans *Charkaoui II*, la question de l'existence et de la portée de l'obligation légale du SCRS de conserver ses documents opérationnels n'avait pas été définitivement tranchée par les tribunaux. On ne peut prétendre que l'application de la politique OPS-217 par le SCRS met en évidence un mépris systématique de la loi. Puisque l'admission en preuve des résumés n'a ni privé M. Harkat de l'équité procédurale ni miné l'intégrité du système de justice, je conclus que le juge Noël n'a commis aucune erreur susceptible de révision en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées dont l'admissibilité a été contestée.

D. *Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?*

[100] Les avocats spéciaux ont soutenu que leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue exigent des ministres qu'ils demandent aux organismes étrangers de renseignement de leur fournir l'ensemble des renseignements et des éléments de preuve relatifs à plusieurs présumés terroristes avec qui, selon eux, M. Harkat a été associé. Ils font valoir que les ministres ne se sont pas acquittés de ces obligations. Pour leur part, les tribunaux d'instances inférieures ont conclu que les ministres avaient fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux.

[101] Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s'appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

[102] The duties of candour and utmost good faith require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person: see, for example, *Almrei*, 2009 FC 1263, at para. 500. The special advocates argue that, pursuant to these duties, the ministers must send detailed requests to foreign intelligence agencies. In their view, those requests must explain the context of security certificate hearings, the purposes for which the information will be used, and the consequences for the named person if the information is not provided.

[103] The position advocated by the special advocates is tantamount to requiring the ministers to conduct an investigation under the instructions of the special advocates. The ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2. With respect to evidence and information held by foreign intelligence agencies, the ministers' duty is to make reasonable efforts to obtain updates and provide disclosure. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case. In the present appeal, I agree with Noël J. that reasonable efforts were made by the ministers: see 2010 FC 1243, Annex "A", at paras. 6-7. The ministers sent letters of request to the relevant foreign intelligence agencies. The outcome of those requests may not have been satisfactory to the special advocates, but this fact alone is not enough to conclude that the efforts made by the ministers were insufficient.

E. *Were the Proceedings Against Mr. Harkat Fair?*

[104] The special advocates ask this Court to find that, even if the statutory scheme is constitutional in the abstract, Mr. Harkat was not afforded a fair process in the case at hand and should be granted a stay of proceedings. They contend that they were

[102] Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures : voir, à titre d'exemple, *Almrei*, 2009 CF 1263, par. 500. Les avocats spéciaux soutiennent que, compte tenu de ces obligations, les ministres doivent faire parvenir des demandes détaillées aux organismes étrangers de renseignement. À leur avis, ces demandes doivent préciser le contexte des audiences sur les certificats de sécurité, les fins auxquelles les renseignements seront utilisés de même que les conséquences pour la personne visée si ces derniers ne sont pas fournis.

[103] La position que préconisent les avocats spéciaux revient à demander aux ministres de mener une enquête suivant leurs directives. Or, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, par. 2. Il leur incombe de faire des efforts raisonnables pour obtenir des mises à jour quant aux éléments de preuve et aux renseignements détenus par les organismes étrangers de renseignement et de les communiquer. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas. Dans le présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge Noël qui a estimé que les ministres avaient fait des efforts raisonnables : voir 2010 FC 1243, annexe « A », par. 6-7. Ils ont expédié des demandes écrites, par courrier, aux organismes étrangers de renseignement, à qui il était pertinent de s'adresser. La réponse à ces demandes a bien pu ne pas satisfaire les avocats spéciaux, mais ce fait, en soi, ne suffit pas à conclure que les efforts fournis par les ministres étaient insuffisants.

E. *Les procédures menées contre M. Harkat ont-elles été équitables?*

[104] Les avocats spéciaux demandent à la Cour de conclure que, même si le régime légal est constitutionnel dans l'abstrait, M. Harkat n'a pas eu droit à un processus équitable en l'espèce et devrait obtenir un arrêt des procédures. Ils prétendent

not given sufficient opportunities to test the reliability and accuracy of the summaries of intercepted conversations and the information provided by foreign intelligence agencies, nor to test the credibility of the human sources.

[105] I would not grant a stay of proceedings. As discussed above, Noël J. did not err in admitting the summaries of intercepted conversations or in refusing to allow the cross-examination of human sources. The special advocates also fail to demonstrate any reviewable errors in his conclusions that the foreign intelligence he admitted was reliable and appropriate, or in the probative value that he accorded to that evidence.

[106] A stay of proceedings is a remedy of last resort, to be granted only in the clearest of cases: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 82; *La*, at para. 23; *Charkaoui II*, at para. 76; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31. The special advocates have failed to demonstrate that Mr. Harkat's security certificate proceedings were an unfair process or that state conduct undermined the integrity of the judicial system. Mr. Harkat is not entitled to a stay of proceedings.

F. *Did the Designated Judge Err in Concluding That the Security Certificate Was Reasonable?*

[107] Having concluded that Mr. Harkat received a fair process, the only remaining issue is whether Noël J. committed any reviewable errors in concluding that the security certificate referred to him by the ministers was reasonable. Mr. Harkat raises a single argument: that the trial judge erred in his weighing of the evidence.

[108] The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be interfered

qu'ils n'ont pas eu suffisamment l'occasion de mettre en doute la fiabilité et l'exactitude des résumés des conversations interceptées et des renseignements fournis par les organismes étrangers de renseignement de même que la crédibilité des sources humaines.

[105] Je suis d'avis de ne pas accorder un arrêt des procédures. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Noël n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve les résumés des conversations interceptées ou en refusant de permettre le contre-interrogatoire des sources humaines. En outre, les avocats spéciaux n'ont pas réussi à établir l'existence d'erreurs susceptibles de révision dans ses conclusions selon lesquelles les renseignements de sécurité provenant de l'étranger qu'il a admis en preuve étaient dignes de foi et utiles, ou en ce qui a trait à la valeur probante qu'il a attribuée à ces éléments de preuve.

[106] L'arrêt des procédures est une réparation de dernier recours, à n'accorder que dans les cas les plus manifestes : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 82; *La*, par. 23; *Charkaoui II*, par. 76; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31. Les avocats spéciaux n'ont pas réussi à démontrer que les procédures relatives au certificat de sécurité visant M. Harkat ont été inéquitables ou que la conduite de l'État a miné l'intégrité du système de justice. M. Harkat n'a pas droit à l'arrêt des procédures.

F. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?*

[107] Après avoir conclu que M. Harkat a fait l'objet d'un processus équitable, il ne reste qu'à déterminer si le juge Noël a commis des erreurs susceptibles de révision en concluant que le certificat de sécurité qui a été déposé par les ministres était raisonnable. M. Harkat fait valoir un seul argument : soit que le juge de première instance a mal soupesé la preuve.

[108] Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la mise en balance de la preuve factuelle

with if he committed a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Mr. Harkat identifies only one specific instance where the judge, in his view, committed a palpable and overriding error. He contends that Noël J. erred in finding that an individual named Ibn Khattab facilitated terrorist activities, since a judge in another security certificate case found that Ibn Khattab could not be characterized as engaging in or facilitating terrorism: see *Almrei*, 2009 FC 1263. I cannot accept that submission. In the *Almrei* case, the designated judge was careful to qualify his findings on Ibn Khattab as limited to the facts and the record before him. Indeed, he stated that “[t]he weight of the evidence before me in this case favours a finding that he [i.e. Ibn Khattab] was not a terrorist in his own right or a terrorist patron but I accept that there are reasonable grounds to believe the contrary”: para. 457 (emphasis added).

[109] Noël J. was entitled to make his own assessment of whether Ibn Khattab was involved in terrorist activities, based on evidence that he found to be reliable and appropriate. I would not interfere with his assessment. Nor do I find any palpable and overriding error in Noël J.’s weighing of the evidence or in his assessment of Mr. Harkat’s credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish Mr. Harkat’s inadmissibility.

IV. Conclusion

[110] The *IRPA* scheme does not provide a perfect process. However, it meets the requirements of procedural fairness that are guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The discretion granted to designated judges is the crucial ingredient that allows the proceedings to remain fair from beginning to end. Designated judges must ensure that the named person receives sufficient disclosure of the information and evidence to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance to his

par le juge désigné et n’intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Selon les prétentions de M. Harkat, le juge aurait commis une seule erreur de ce type, soit lorsqu’il a conclu qu’un individu nommé Ibn Khattab avait facilité des activités terroristes. Cela serait erroné, selon lui, parce qu’un juge qui s’est prononcé dans une autre cause relative à un certificat de sécurité a conclu qu’Ibn Khattab n’avait pas participé à des activités terroristes ou n’en avait pas facilitées : voir *Almrei*, 2009 CF 1263. Je ne peux pas accepter cet argument. Dans la cause *Almrei*, le juge désigné a pris soin de préciser que ses conclusions relatives à Ibn Khattab étaient fondées exclusivement sur les faits et le dossier portés à sa connaissance. En effet, il a mentionné que « [I]a preuve dont je dispose en l’espèce me porte à conclure qu’il [c.-à-d. Ibn Khattab] n’était pas lui-même un terroriste ou un parrain du terrorisme, mais je reconnais qu’il y a des motifs raisonnables de croire le contraire » : par. 457 (je souligne).

[109] Le juge Noël avait le pouvoir de faire sa propre évaluation quant à l’implication d’Ibn Khattab dans des activités terroristes, en se fondant sur les éléments de preuve qu’il a jugé dignes de foi et utiles. Je suis donc d’avis de ne pas intervenir dans son évaluation. J’estime en outre que le juge Noël n’a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu’il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de M. Harkat, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l’interdiction de territoire de M. Harkat.

IV. Conclusion

[110] Le régime établi par la *LIPR* n’instaure pas un processus parfait, mais il répond aux exigences de l’équité procédurale garanties par l’art. 7 de la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire conféré au juge désigné est l’ingrédient primordial qui permet à l’instance de rester équitable du début à la fin. Le juge désigné doit veiller à ce que la personne visée soit suffisamment informée des renseignements et des éléments de preuve pour être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics

special advocates, must refuse to admit evidence that is unreliable or whose probative value is outweighed by its prejudicial effects, and must take a liberal approach towards authorizing communications by the special advocates. And in cases where the inherent limitations of the *IRPA* scheme create procedural unfairness, designated judges must exercise their discretion under s. 24(1) of the *Charter* to grant an appropriate remedy.

[111] In the present case, Mr. Harkat benefited from a fair process. The designated judge did not err in refusing to exclude summaries of intercepted conversations and to allow the cross-examination of human sources. In addition, he did not commit a palpable and overriding error in concluding that the record provided reasonable grounds to find that Mr. Harkat was inadmissible on security grounds. Consequently, I would allow the appeal in part and dismiss the cross-appeal. Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

[112] At the closed hearing, the ministers requested that they be allowed to review these reasons before they are released to Mr. Harkat and to the public. I would not allow this. The information contained within these reasons has already been publicly disclosed in the reasons of the courts below; it poses no risk to national security.

The following are the reasons delivered by

[113] *ABELLA AND CROMWELL JJ.* (dissenting in part on the appeal) — An individual who comes forward with information about a potential terrorist threat, often risks his or her life in doing so if his or her identity is disclosed. Offering the possibility of anonymity only if a court subsequently agrees to protect the source's identity, requires the source to choose between risk of personal harm if his identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed. That is the inevitable

et des indications utiles à ses avocats spéciaux; il doit refuser d'admettre des éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi ou dont les effets préjudiciables l'emportent sur leur valeur probante; enfin, il doit faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit d'autoriser les communications faites par les avocats spéciaux. En outre, dans les cas où les limites inhérentes au régime établi par la *LIPR* sont à l'origine d'une iniquité procédurale, le juge désigné doit exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder une réparation appropriée.

[111] En l'espèce, M. Harkat a bénéficié d'un processus équitable. Le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'écarter les résumés de conversations interceptées et d'autoriser le contre-interrogatoire des sources humaines. Il n'a pas non plus commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le dossier fournissait des motifs raisonnables de juger que M. Harkat était interdit de territoire pour raison de sécurité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. La conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable est rétablie.

[112] Lors de l'audience à huis clos, les ministres ont demandé l'autorisation d'examiner les présents motifs avant qu'ils ne soient communiqués à M. Harkat et au public. Je ne leur en accorderais pas l'autorisation. Les renseignements qui figurent dans les présents motifs ont déjà été rendus publics dans les motifs des juridictions d'instances inférieures; ils ne posent aucun risque pour la sécurité nationale.

Version française des motifs rendus par

[113] *LES JUGES ABELLA ET CROMWELL* (dissidents en partie quant au pourvoi) — La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de

result of a case-by-case approach as suggested by the majority. In our view, with respect, this choice is not only an unacceptable one from the point of view of the public's safety, it is unnecessary.

[114] Like Noël J., in our view, CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that the confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in a source not knowing the likelihood the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment as to whether the promise will be kept. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases. While we otherwise agree with the reasons of the Chief Justice, therefore, we do not share her view of what protection national security sources are entitled to.

Analysis

[115] Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at pp. 1550-56). As Professor Schiff explains:

The rationale of the privilege makes it available in all manner of proceedings, including those before commissions of enquiry and administrative tribunals. *The rationale also makes it available if the informant spoke to a public agency other than the police, so long as the agency has law enforcement authority.* . . . By the same token, the privilege is not available if the public official to whom the informer spoke has no law enforcement authority . . . [Emphasis added; pp. 1551-52.]

divulguer les renseignements. Voilà le résultat que donne inévitablement l'approche au cas par cas proposée par les juges majoritaires. À notre avis, ce choix est non seulement inacceptable du point de vue de la sécurité publique, mais également inutile.

[114] À l'instar du juge Noël, nous estimons que les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, la source ignore la probabilité que la promesse soit tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif pour déterminer si elle le sera. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme. En conséquence, bien que nous souscrivions par ailleurs aux motifs de la Juge en chef, nous ne partageons pas son avis sur la protection à laquelle ont droit les sources de renseignements touchant la sécurité nationale.

Analyse

[115] Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), p. 1550-1556). Comme l'explique le professeur Schiff :

[TRADUCTION] Compte tenu de la logique qui sous-tend le privilège, il peut être invoqué dans le cadre de tous les types de procédures, y compris celles qui se déroulent devant des commissions d'enquête et des tribunaux administratifs. *Toujours selon cette logique, un indicateur qui s'adresse à un organisme public autre que la police peut invoquer le privilège, à condition que l'organisme en question soit doté du pouvoir de faire appliquer la loi.* [. . .] Corollairement, si l'indicateur s'adresse à un fonctionnaire qui n'a pas ce pouvoir de faire appliquer la loi, l'indicateur ne peut pas ensuite invoquer le privilège . . . [Italique ajouté; p. 1551-1552.]

[116] It has therefore been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. Numerous decisions of the Federal Court have applied informer privilege to sources who provided confidential information to a parole board (see *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (T.D.), at pp. 167-68; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (T.D.), at p. 188; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.), at pp. 397-98). It has also been applied to an informer of a securities regulator: *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76.

[117] Wigmore refers to the informer privilege as one relating to

the identity of persons supplying the government with information concerning the commission of crimes. . . .

. . . .

. . . the principle is a large and flexible one. It applies wherever the situation is one where without this encouragement the citizens who have special information of a violation of law might be deterred otherwise from voluntarily reporting it to the appropriate official. [Emphasis deleted.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at pp. 761 and 767-68)

[118] This Court has repeatedly held that unlike Crown privilege or privileges based on Wigmore's four-part test, the police informer privilege does not permit a balancing of the benefits of protecting the privileged information against countervailing benefits: *Bisaillon*, at pp. 93-98. This recognizes that the danger to the safety of the informer and to the intelligence-gathering process is considered to be too great to permit the consideration of countervailing factors: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 12; *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3

[116] Ce privilège a aussi été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. De nombreuses décisions de la Cour fédérale ont appliqué le privilège relatif aux indicateurs à des sources qui ont fourni des renseignements confidentiels à une commission des libérations conditionnelles (voir *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (1^{re} inst.), p. 167-168; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (1^{re} inst.), p. 188; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1^{re} inst.), p. 397-398). Il a aussi été appliqué à un indicateur auprès d'une commission des valeurs mobilières : *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76.

[117] Le professeur Wigmore réfère au privilège de l'indicateur en disant qu'il s'agit d'un privilège qui concerne

[TRADUCTION] l'identité de personnes qui fournissent des renseignements au gouvernement concernant la commission de crimes. . . .

. . . .

. . . le principe est large et souple. Il s'applique dès lors que, sans cet incitatif, les citoyens qui détiennent des renseignements particuliers concernant la violation d'une loi pourraient autrement être dissuadés de les révéler volontairement aux autorités concernées. [Italique omis.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, p. 761 et 767-768)

[118] La Cour a conclu à plusieurs reprises que, contrairement au privilège de la Couronne ou aux privilèges qui découlent du test à quatre volets de Wigmore, le privilège relatif aux indicateurs de police ne saurait être assujéti à une mise en balance des avantages découlant de la protection des renseignements confidentiels, d'une part, et des avantages de leur divulgation, d'autre part : *Bisaillon*, p. 93-98. C'est là reconnaître que le danger qui pèse sur la sécurité de l'indicateur et sur le processus de collecte de renseignements est jugé

S.C.R. 253, at paras. 19-22. In *Bisaillon*, this Court stated:

This procedure, designed to implement Crown privilege, is pointless in the case of secrecy regarding a police informer. In this case, the law gives the Minister, and the Court after him, no power of weighing or evaluating various aspects of the public interest which are in conflict, since it has already resolved the conflict itself. It has decided once and for all, subject to the law being changed, that information regarding police informers' identity will be, because of its content, a *class of information which it is in the public interest to keep secret*, and that this interest will prevail over the need to ensure the highest possible standard of justice. [Emphasis added; pp. 97-98.]

[119] In *R. v. Basi*, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 44, this Court went so far as to conclude that allowing counsel to participate in an *in camera* hearing involving a police informant was impermissible, even if they undertook not to disclose any privileged information:

No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies.

[120] The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is not a “new” privilege, but a well-established one. The Ontario Court of Appeal has recognized a common law CSIS source privilege: *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. This case involved the transfer of Shaikh, an informant, from CSIS to the RCMP. One issue before the court was whether the informant had at some point become a state agent for the purposes of entrapment and abuse of process analyses. The court accepted that Shaikh had informant status while working with CSIS: see paras. 12 and 120. The court's conclusion that Shaikh was not a state agent was premised in part on the fact that he had not intended to waive the confidentiality

trop important pour autoriser la prise en compte de facteurs opposés : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 19-22. Dans *Bisaillon*, la Cour a affirmé que :

Cette procédure propre à la mise en œuvre du privilège de la Couronne se trouve sans objet dans le cas du secret relatif à l'indicateur de police. Dans ce cas en effet, la loi ne laisse au ministre et au juge après lui aucun pouvoir d'appréciation ou d'évaluation des divers aspects de l'intérêt public qui entrent en conflit puisqu'elle a déjà elle-même tranché ce conflit. Elle a déjà décidé une fois pour toutes, et sous réserve d'un changement apporté à la loi, que les renseignements relatifs à l'identité des indicateurs de police forment, à cause de leur contenu, une *classe de renseignements qu'il est dans l'intérêt public de garder secrets* et que cet intérêt l'emporte sur la nécessité de rendre une justice plus parfaite. [Italique ajouté; p. 97-98.]

[119] Dans *R. c. Basi*, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 44, la Cour est allée jusqu'à conclure qu'il ne serait pas acceptable d'autoriser des avocats à participer à une audience tenue à huis clos à laquelle prendrait part un indicateur de police, même s'ils s'engageaient à ne rien divulguer des renseignements protégés :

Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique.

[120] Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale n'est pas un « nouveau » privilège; il s'agit en fait d'un privilège bien établi. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un privilège de common law pour les sources du SCRS : *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. Dans cette affaire, il était question du transfert d'un indicateur, M. Shaikh, du SCRS à la GRC. La cour devait notamment décider si l'indicateur était devenu, à un moment donné, un agent de l'État pour les besoins de l'analyse de la provocation policière et de l'abus de procédure. Elle a reconnu que M. Shaikh bénéficiait du statut d'indicateur lorsqu'il travaillait pour le SCRS : voir les par. 12

protections associated with his informant status: paras. 123-25. The court defined a “confidential informant” as a “voluntary source of information to police or security authorities”: para. 122 (emphasis added).

[121] The common law’s protection of informer privilege is based on the common sense recognition that engaging in a case-by-case balancing of interests would frustrate the rationale of informer privilege by discouraging the cooperation of informants. As the U.S. Supreme Court explained in a related context, leaving disclosure to individual judges would cause national security sources to “close up like a clam”: *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), at p. 175.

[122] This Court recognized the breadth of the privilege in *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494. The issue was whether RCMP officers could be compelled to disclose to the Commission the identities of individuals who, based on an assurance of confidentiality, gave information to police officials. The Court concluded that the privilege prevented disclosure. The Court held that the immunity from disclosure is “general in scope”, applying not only in criminal proceedings but also in civil proceedings, before commissions of inquiry and in “forensic investigations” generally (pp. 535-36). Writing for the majority, Martland J. emphasized that the rationale which supports the privilege applies with even more cogency in the national security context:

et 120. La conclusion de la cour selon laquelle M. Shaikh n’était pas un agent de l’État reposait en partie sur la prémisse qu’il n’avait pas voulu renoncer aux garanties d’anonymat associées à son statut d’indicateur : par. 123-125. La cour a défini [TRADUCTION] l’« informateur confidentiel » comme étant une « source volontaire de renseignements pour la police ou pour les services de sécurité » : par. 122 (nous soulignons).

[121] La protection accordée par la common law au moyen du privilège de l’indicateur est fondée sur la reconnaissance, selon le gros bon sens, qu’une mise en balance des intérêts au cas par cas minerait la logique qui sous-tend l’existence de ce privilège en décourageant les indicateurs de coopérer. Comme l’a expliqué la Cour suprême des É.-U. dans un contexte de même nature, si les juges devaient décider de l’opportunité ou non de la divulgation de l’identité des sources, celles qui fournissent des informations relatives à la sécurité nationale [TRADUCTION] « se fermentaient comme une huître » : *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), p. 175.

[122] Notre Cour a reconnu la portée du privilège dans *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494. Il s’agissait de savoir si les agents de la GRC pouvaient être contraints de divulguer à la Commission l’identité des personnes de qui, après leur avoir donné une garantie de confidentialité, ils avaient obtenu des renseignements. La Cour a conclu que le privilège empêchait la divulgation. Elle a statué que l’immunité contre la divulgation est « de portée générale » et qu’elle s’applique non seulement dans le contexte d’instances criminelles, mais aussi en matière civile, devant les commissions d’enquête et lorsqu’il s’agit d’« examen judiciaire » en général (p. 535-536). Au nom des juges majoritaires, le juge Martland a souligné que le fondement qui sous-tend le privilège s’applique d’autant plus lorsqu’il est question de sécurité nationale :

A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. *The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has even greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.* [Emphasis added; p. 537.]

[123] Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service: see Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (the “McDonald Commission”), First Report, *Security and Information* (1979), and Second Report, *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2 (1981). The McDonald Commission, which led to the creation of an independent intelligence agency in Canada, was of the view that informer privilege applied to RCMP officers performing intelligence work: see Second Report, vol. 2, at pp. 1162-63. It explained the importance of preserving informant confidentiality as follows:

Security and intelligence activities cannot be carried out effectively without the use of informants. Informants are the main source of information for security and intelligence agencies. Whether the informants are paid or voluntary they invariably provide the information on the basis that their identity will be kept secret and that every effort will be made to ensure that it remains so. Their reasons for wanting their identity to remain secret are myriad and include fear of physical retaliation, harassment or ostracism. Any uncertainty about the ability of agencies to keep sources confidential will result in a “drying up” of such sources.

(First Report, at p. 42)

[124] The mandate of the RCMP Security Service was set out in a cabinet directive of 1975 as being to “discern, monitor, investigate, deter, prevent and

Dans bon nombre de cas où, en l’espèce, on a tenté d’obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d’une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l’État, y compris des chefs d’État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. *Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l’identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d’une enquête policière sur le crime se justifie d’autant plus lorsqu’il s’agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme.* [Italique ajouté; p. 537.]

[123] Avant que le SCRS ne soit créé à titre d’organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s’acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC : voir la Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la « Commission McDonald »), premier rapport, *Sécurité et Information* (1979), et deuxième rapport, *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2 (1981). Selon la Commission McDonald — qui a mené à la création d’un service de renseignement indépendant — le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait aux agents de la GRC qui travaillaient dans le renseignement : voir le deuxième rapport, vol. 2, p. 1227-1228. Elle a expliqué comme suit l’importance de préserver l’anonymat des indicateurs :

Les activités liées à la sécurité et aux services de renseignements ne peuvent être menées à bien sans l’aide d’informateurs. Principale source d’information des services de sécurité et de renseignements, les informateurs, qu’ils soient rémunérés ou non, fournissent les renseignements à la condition que leur identité soit tenue secrète et que tout soit mis en œuvre pour qu’elle le demeure. Les raisons qui les poussent à formuler une telle exigence sont innombrables et vont de la crainte des sévices à la peur de se voir harceler et ostraciser. Ces sources de renseignements se tariraient bientôt si les informateurs venaient à douter de l’aptitude des services en question à taire leur identité.

(Premier rapport, p. 42)

[124] Selon le libellé de la directive du Cabinet de 1975 qui en a énoncé le mandat, le Service de sécurité de la GRC était responsable de « décel[er],

counter' persons engaging in subversive or other activity inimical to national security": Parliamentary Research Branch, "The Canadian Security Intelligence Service" (2000), Current Issue Review 84-27E, at p. 4. Those functions are now found in s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, which states that "[t]he Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada."

[125] As this Court pointed out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326 ("*Charkaoui II*"), "the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been converging": para. 26. There is no doubt that informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While it is true that the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist. The investigatory and monitoring services CSIS performs are those previously carried out by the RCMP. There has been a statutory transfer, but not a functional one.

[126] The erection of an artificial boundary between them could lead to absurd results. A source who began supplying information to the police regarding a suspected terrorist threat and then later provided information to CSIS would be entitled to the privilege with respect to the former but not the latter interaction, even if the same assurances of privilege had been given by both agencies. This is

surveill[er], décourage[r], préven[ir] et contrecar[rer] les activités de personnes qui se livrent à des activités subversives ou préjudiciables à la sécurité nationale » : Direction de la recherche parlementaire, « Le Service canadien du renseignement de sécurité » (2000), Bulletin d'actualité 84-27F, p. 5. Ces fonctions figurent maintenant à l'art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, qui prévoit que « [l]e Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard. »

[125] Comme la Cour l'a souligné dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), « des convergences se développent entre les activités de la GRC et celles du SCRS » : par. 26. Il ne fait aucun doute que le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs du Service de sécurité de la GRC. S'il est vrai que les fonctions du SCRS et celles de la GRC sont distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège. Les fonctions d'enquête et de surveillance dont s'acquitte le SCRS sont celles dont la GRC s'occupait antérieurement. Il y a bien eu un transfert légal de responsabilité, mais pas de changement quant aux fonctions à assumer.

[126] L'édification d'une frontière artificielle entre les deux organismes pourrait mener à des résultats absurdes. Une source qui a commencé à fournir des renseignements à la police relativement à des soupçons quant à une menace terroriste et qui aurait ensuite fourni d'autres renseignements au SCRS serait protégée par le privilège relativement à la première phase de ses échanges avec les autorités, mais

not an abstract problem, given the frequent cooperation between the two agencies.

[127] Two recent cases illustrate the way sources are shared in national security investigations: *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (Ont. S.C.J.), at paras. 31-34; *Y. (N.)*, at para. 120. *Ahmad* involved information obtained by CSIS and shared with the RCMP, which led to criminal prosecutions for terrorism offences. *Y. (N.)* involved the transfer of a human source from CSIS to the RCMP. In *Ahmad*, Dawson J. made the following observation about the nature of the relationship between CSIS and the RCMP:

. . . situations will arise where some sharing of information must occur if each organization is to fulfill its mandate. For example, where CSIS comes into possession of information of a real threat to national security, or learns of serious criminal activity, it must notify the RCMP. As Mr. Brooks indicated at para. 15 of his affidavit, CSIS will normally be engaged in the investigation of threats to the security of Canada before the police would have sufficient evidence to commence an investigation on their own. He also points out in his evidence that intelligence gathering investigations are very open ended and wide ranging, with the focus on looking for trends and relationships to help predict emerging or future threats. Such investigations are not oriented towards prosecution. It is the function of the police to react to any information provided by CSIS and to determine how best to proceed from a police perspective. [para. 34]

[128] To argue that it is unjust for the ministers to claim privilege over the identity of CSIS human sources while continuing to rely on the information obtained from them, is to forget the significant distinction between whether the privilege exists and whether the information provided by the human source can be used to establish the reasonableness of the certificate. Where the information has been redacted and anonymized so that the identity of

pas quant à la seconde, et ce, en dépit du fait que les mêmes garanties de privilège lui auraient été données par les deux organismes. Compte tenu de la coopération fréquente entre les deux organismes, il ne s'agit pas d'un problème théorique.

[127] Deux affaires récentes illustrent comment les sources sont partagées dans le contexte des enquêtes sur la sécurité nationale : *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (C.S.J. Ont.), par. 31-34, et *Y. (N.)*, par. 120. Dans *Ahmad*, des renseignements obtenus par le SCRS avaient été partagés avec la GRC, ce qui a mené à des poursuites criminelles pour des infractions relatives au terrorisme. Dans *Y. (N.)*, une source humaine du SCRS a été transférée à la GRC. Dans *Ahmad*, le juge Dawson a formulé la remarque suivante quant à la nature de la relation entre le SCRS et la GRC :

[TRADUCTION] . . . il survient des situations qui nécessitent un partage de renseignements pour que chaque organisation s'acquitte de son mandat. Par exemple, lorsque le SCRS obtient des renseignements selon lesquels il existe une menace réelle à la sécurité nationale, ou lorsqu'il est informé d'une activité criminelle grave, il doit en aviser la GRC. Comme l'a indiqué M. Brooks au par. 15 de son affidavit, le SCRS enquête sur les menaces à la sécurité du Canada avant que la police n'ait suffisamment d'éléments de preuve pour commencer sa propre enquête. Il souligne aussi dans son témoignage écrit que les enquêtes menées pour colliger du renseignement ne visent pas un but précis et ratissent large. En outre, elles mettent l'accent sur la recherche de tendances et de relations afin d'aider à prévoir la survenance de menaces ou les menaces futures. Ces enquêtes ne visent pas le dépôt de poursuite. Il revient à la police de réagir à tout renseignement que lui fournit le SCRS et de déterminer comment agir au mieux du point de vue policier. [par. 34]

[128] Prétendre qu'il est injuste que les ministres revendiquent un privilège relativement à l'identité des sources humaines du SCRS tout en continuant à se fonder sur les renseignements que fournissent ces dernières revient à oublier l'importante différence entre la question de savoir si le privilège existe et celle de savoir si les renseignements fournis par la source humaine peuvent être utilisés pour faire la preuve du caractère raisonnable du certificat. Si

the human source cannot be ascertained, there is no reason that it must always be eliminated from consideration by the designated judge. There is an obvious analogy to the well-settled law that permits confidential informant information to be considered, for example, in an information to obtain a search warrant and in a wiretap authorization: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1456. In these contexts, the law has developed some protections, but under certain conditions it nonetheless allows the confidential source material to be considered without the cross-examination of the source.

[129] Noël J. found that “the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality given by the Service were not upheld by this Court”: 2009 FC 204, at para. 28. He set out some possible safeguards and lines of inquiry that could help ensure that anonymous source material is sufficiently reliable that it could fairly be considered as part of the review of the reasonableness of the certificate: paras. 64-67. In addition, if a reviewing judge were of the view that consideration of confidential source material would result in a review hearing that does not meet the *Charkaoui II* standard, the judge could exclude that information from consideration.

[130] There may also be limited circumstances in which the special advocates could be granted access to the privileged information, namely where it is necessary so that the validity of the claim of privilege can be tested. In a criminal trial, the trial judge can look at privileged information where doing so is necessary to establish that the privilege is properly claimed. In *Vancouver Sun* and in *Basi*, at para. 57, it was held that in certain circumstances an *amicus curiae* may be considered to be part of the “circle of privilege”.

l’information a été caviardée ou anonymisée de manière à ce que l’identité de la source humaine ne puisse pas être établie, rien ne justifie qu’elle soit systématiquement soustraite à l’examen du juge désigné. Il existe une analogie manifeste entre ce principe et le droit bien établi qui permet de prendre en compte les renseignements confidentiels fournis par un indicateur, par exemple, pour obtenir un mandat de perquisition et l’autorisation de faire de l’écoute électronique : *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1456. Le droit a créé des mesures de protection adaptées à ce type de contextes, mais, sous réserve de certaines conditions, il autorise malgré tout la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle sans que cette dernière puisse être contre-interrogée.

[129] Le juge Noël a conclu que « le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les garanties de confidentialité données par le Service » : 2009 CF 204, par. 28. Il a énuméré certaines mesures de protection potentielles ainsi que certaines questions qui pourraient aider à assurer que les renseignements obtenus de sources confidentielles sont suffisamment dignes de foi pour qu’ils puissent équitablement être pris en compte dans l’examen du caractère raisonnable du certificat : par. 64-67. En outre, si un juge chargé d’un contrôle judiciaire était d’avis que la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle entraînerait la tenue d’une audience en révision qui ne satisfaisait pas à la norme établie par *Charkaoui II*, il pourrait les écarter et ne pas en tenir compte.

[130] Il pourrait aussi y avoir un certain nombre de circonstances limitées dans lesquelles les avocats spéciaux pourraient avoir accès aux renseignements protégés, notamment lorsque cela s’avère nécessaire pour que la validité de la revendication du privilège soit testée. Durant un procès en matière criminelle, le juge peut prendre connaissance de renseignements protégés lorsque cela s’avère nécessaire pour établir le bien-fondé de la revendication de privilège. Dans *Vancouver Sun* et dans *Basi*, par. 57, la Cour a affirmé que, dans certaines circonstances, un *amicus curiae* peut être désigné pour être membre du « cercle du privilège ».

[131] The special advocates may play a similar role in closed proceedings. While this Court held in *Basi* that it was impermissible for the accused's counsel to view privileged information based on the need to preserve the integrity of the solicitor-client relationship, different considerations apply to special advocates. The special advocate is not in a solicitor-client relationship. Furthermore, he or she is subject to heightened security clearance requirements which reduce the risk that disclosure may pose. As a result, if the designated judge believes that submissions by special advocates could assist in determining whether a privilege claim is valid, they may be entitled to view the privileged information. Submissions based on information identifying the human source should be limited to the validity of the privilege claim and not extend to the reliability of the information.

[132] Nor do we think the privilege is abrogated by statute. The Federal Court of Appeal was of the view that when Parliament enacted the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), it comprehensively legislated the disclosure obligations of the Minister in the security certificate context such that there was no room for importing common law privileges to qualify the disclosure obligations of the Minister. Since ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) of *IRPA* specify that the Minister and judge may not disclose information which is injurious to national security or which puts the safety of any person at risk, recognizing a class privilege would mean that disclosure could be withheld in a case where neither of these two factors was present.

[133] We are unpersuaded that the common law has been ousted by these provisions. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so: see *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department*

[131] Les avocats spéciaux peuvent jouer un rôle similaire lors d'audiences à huis clos. S'il est vrai que la Cour a conclu dans *Basi* qu'il était interdit pour l'avocat de l'accusé de prendre connaissance des renseignements protégés sur le fondement du besoin de préserver l'intégrité de la relation avocat-client, ce sont d'autres considérations qui prévalent en ce qui a trait aux avocats spéciaux. Ces derniers n'agissent pas dans le cadre d'une relation avocat-client. De plus, ils doivent satisfaire à des exigences accrues en matière d'habilitation de sécurité, ce qui réduit le risque que peut poser la communication des renseignements. En conséquence, si le juge désigné estime que les avocats spéciaux pourraient faire des observations utiles pour juger du bien-fondé de la revendication de privilège, ceux-ci pourraient être autorisés à prendre connaissance des renseignements protégés. Les observations fondées sur des renseignements qui identifient une source humaine devraient porter exclusivement sur la question du bien-fondé de la revendication de privilège et ne pas traiter de la fiabilité des renseignements en question.

[132] Nous ne croyons pas non plus que le privilège a été abrogé par la loi. La Cour d'appel fédérale a exprimé l'opinion que lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), le Parlement a légiféré sur toutes les facettes des obligations qui incombent au ministre en matière de divulgation dans le contexte des certificats de sécurité, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu d'importer des privilèges de common law pour circonscrire les obligations du ministre en matière de divulgation. Puisque le par. 77(2) et les al. 83(1)c) à e) de la *LIPR* précisent que le ministre et le juge ne peuvent divulguer de renseignements si cela est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, la reconnaissance d'un privilège générique signifierait qu'il pourrait ne pas y avoir de divulgation, même en l'absence de ces deux facteurs.

[133] Nous ne sommes pas convaincus que la common law a été évincée par ces dispositions. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire : voir *Canada (Commissaire à la protection*

of Health, [2008] 2 S.C.R. 574, at para. 26. *IRPA* makes no reference to informer privilege and, as discussed later in these reasons, does not evince a clear intention to deprive CSIS human sources of its benefit.

[134] *IRPA* also fails to distinguish between what disclosure means in the context of ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) and what it means in the context of disclosing privileged information to the special advocates. Section 77(2) of *IRPA* provides that the Minister must file with the court the information and other evidence on which the security certificate is based. On the other hand, disclosure of information subject to informer privilege raises different considerations. This information will generally not have been provided to the judge under s. 77(2) and so will not form part of the judge’s decision on the reasonableness of the issuance of the security certificate. The only provision of *IRPA* which would govern such a scenario is s. 85.2, which sets out the powers of a special advocate, and, in particular, s. 85.2(c), which states that a special advocate may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national”. The same analysis applies with respect to ss. 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. This Court held in *Basi* that where a claim of informer privilege falls under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, the usual public interest balancing exercise under s. 37(5) is displaced by the common law privilege: paras. 23-24. Additional protection is therefore provided for national security secrets but without abrogating the underlying common law privileges.

[135] The final question relates to whether an exception to the privilege should apply in the security certificate context. Noël J. was of the view that

de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 26. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et, comme nous le verrons ultérieurement dans les présents motifs, elle n’exprime pas une intention claire de priver les sources humaines du SCRS des avantages qu’il procure.

[134] La *LIPR* ne fait pas non plus la distinction entre ce que signifie la divulgation dans le contexte du par. 77(2) et des al. 83(1)(c) à (e) et ce qu’elle signifie lorsqu’il est question de révéler des renseignements protégés aux avocats spéciaux. Le paragraphe 77(2) de la *LIPR* prévoit que le ministre doit déposer auprès de la cour les renseignements et autres éléments de preuve sur lesquels est fondé un certificat de sécurité. Par ailleurs, la divulgation de renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs soulève d’autres considérations. En règle générale, ces renseignements ne sont pas fournis au juge en application du par. 77(2) et ils ne sont pas pris en compte par le juge lorsqu’il est appelé à décider du caractère raisonnable de la délivrance du certificat de sécurité. L’article 85.2, qui énonce les pouvoirs dévolus à l’avocat spécial et, plus particulièrement, l’al. 85.2(c), qui précise que l’avocat spécial peut « exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l’étranger », est de fait la seule disposition de la *LIPR* qui régirait une telle situation. La même analyse s’applique quant aux art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. La Cour a statué dans *Basi* que lorsqu’une revendication de privilège de l’indicateur est régie par l’art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l’exercice habituel de mise en balance de l’intérêt public prévu au par. 37(5) est supplanté par le privilège de common law : par. 23-24. Il existe donc une protection supplémentaire pour les secrets relatifs à la sécurité nationale sans pour autant que les privilèges de common law sous-jacents soient abrogés.

[135] La dernière question à trancher est celle de l’opportunité d’appliquer une exception au privilège dans le contexte des certificats de sécurité.

there was a “need to know” exception, analogous to the “innocence at stake” exception to the police informer privilege. This exception means that the privilege can be set aside in cases where maintaining it would undermine the accused’s ability to raise a reasonable doubt. The “need to know” exception would similarly be engaged when abrogating the privilege is necessary to prevent a serious breach of procedural fairness that would impugn the administration of justice. On the facts before him, Noël J. held that the requirements of the “need to know” exception had not been met and therefore denied the special advocates’ request.

[136] In our view, the “need to know” exception outlined by Noël J. is overly broad: 2009 FC 204, at para. 46. We agree with the ministers that this exception is broader than the “innocence at stake” exception because the latter applies only where there is a risk of an unjust outcome, whereas the “need to know” exception applies where there is an unjust procedure. It also appears to overlook the considerable procedural flexibility that is available to the reviewing judge and the particular role of the special advocate.

[137] But given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, we acknowledge that it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant’s evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Noël J. ordered generous disclosure of material to the special advocates concerning the credibility of informers

Le juge Noël était d’avis qu’il existait une exception en cas de « besoin de connaître », analogue à l’exception au privilège de l’indicateur de police relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». L’existence de cette exception signifie que le privilège peut être écarté dans les cas où son maintien minerait la capacité de l’accusé de soulever un doute raisonnable. De même, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » serait applicable lorsqu’il serait nécessaire d’écarter le privilège pour éviter une atteinte sérieuse à l’équité procédurale qui minerait l’administration de la justice. À la lumière des faits portés à sa connaissance, le juge Noël a conclu qu’il n’avait pas été satisfait aux exigences de l’exception fondée sur le « besoin de connaître » et il a donc rejeté la demande des avocats spéciaux.

[136] Selon nous, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » décrite par le juge Noël a une portée trop large : 2009 CF 204, par. 46. Comme les ministres, nous estimons que cette exception a une portée plus large que celle relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». En effet, cette dernière s’applique seulement lorsqu’il existe un risque que l’issue de l’affaire soit injuste tandis que l’exception fondée sur le « besoin de connaître » s’applique en présence d’une procédure injuste. L’exception telle qu’elle est circonscrite par le juge Noël semble aussi négliger de prendre en compte la souplesse procédurale considérable dont dispose le juge siégeant en révision et le rôle particulier de l’avocat spécial.

[137] Cela dit, compte tenu de l’importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, nous admettons qu’il serait approprié de reconnaître l’existence d’une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l’avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L’identité des sources ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d’autres mesures, y compris le retrait de l’essentiel du témoignage de l’indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Le

and the information they supplied. He allowed cross-examination of CSIS witnesses on the value, reliability and usefulness of informer information. In some circumstances, he relied on informer information only where it had been corroborated. If these measures are not considered adequate, the reviewing judge also has discretion under s. 83(1)(h) of *IRPA* to refuse to rely on evidence that he or she does not consider to be reliable and appropriate. Only if resort to these measures would not ensure a just outcome should identity be disclosed.

[138] Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

[139] We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore Noël J.'s disposition of this issue.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions

juge Noël a ordonné une divulgation généreuse de documents aux avocats spéciaux concernant la crédibilité des sources et des renseignements qu'elles ont fournis. Il a autorisé le contre-interrogatoire des témoins du SCRS sur la valeur, la fiabilité et l'utilité des renseignements fournis par les indicateurs. Dans certaines circonstances, il s'est fondé sur ces renseignements uniquement s'ils avaient été corroborés. Si ces mesures ne sont pas jugées adéquates, le juge siégeant en révision dispose aussi du pouvoir discrétionnaire, prévu à l'al. 83(1)h de la *LIPR*, de refuser de fonder sa décision sur des éléments de preuve qu'il ne juge pas dignes de foi et utiles. Ce n'est que si le recours à ces mesures ne permettait pas de garantir une issue équitable que l'identité de la source devrait être communiquée.

[138] Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. En effet, exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas révélée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

[139] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge Noël à cet égard.

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés

and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

(a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests;

(b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;

(b.1) engaging in an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;

(c) engaging in terrorism;

(d) being a danger to the security of Canada;

(e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b), (b.1) or (c).

77. (1) The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration shall sign a certificate stating that a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, and shall refer the certificate to the Federal Court.

(2) When the certificate is referred, the Minister shall file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based, and a summary of information and other evidence that enables the person who is named in the certificate to be reasonably informed of the case made by the Minister but that does not include anything that, in the Minister's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

(3) Once the certificate is referred, no proceeding under this Act respecting the person who is named in the certificate — other than proceedings relating to sections 82 to 82.3, 112 and 115 — may be commenced or continued until the judge determines whether the certificate is reasonable.

sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

a) être l'auteur de tout acte d'espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;

b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;

b.1) se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;

c) se livrer au terrorisme;

d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;

e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b), b.1) ou c).

77. (1) Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) Le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier, ainsi qu'un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d'être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

(3) Il ne peut être procédé à aucune instance visant la personne au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat. Ne sont pas visées les instances relatives aux articles 82 à 82.3, 112 et 115.

78. The judge shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not.

80. A certificate that is determined to be reasonable is conclusive proof that the person named in it is inadmissible and is a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing.

81. The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration may issue a warrant for the arrest and detention of a person who is named in a certificate if they have reasonable grounds to believe that the person is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

83. (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

(a) the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(b) the judge shall appoint a person from the list referred to in subsection 85(1) to act as a special advocate in the proceeding after hearing representations from the permanent resident or foreign national and the Minister and after giving particular consideration and weight to the preferences of the permanent resident or foreign national;

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(d) the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

78. Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et l'annule s'il ne peut conclure qu'il est raisonnable.

80. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête.

81. Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

83. (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

a) le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

b) il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à titre d'avocat spécial dans le cadre de l'instance, après avoir entendu l'intéressé et le ministre et accordé une attention et une importance particulières aux préférences de l'intéressé;

c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

d) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(e) throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(f) the judge shall ensure the confidentiality of all information or other evidence that is withdrawn by the Minister;

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(i) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national; and

(j) the judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it.

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(h), reliable and appropriate evidence does not include information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture within the meaning of section 269.1 of the *Criminal Code*, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of the Convention Against Torture.

85.1 (1) A special advocate's role is to protect the interests of the permanent resident or foreign national in a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 when information or other evidence is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) A special advocate may challenge

(a) the Minister's claim that the disclosure of information or other evidence would be injurious to national security or endanger the safety of any person; and

e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

f) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance;

g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

i) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé;

j) il ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s'il décide qu'ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire.

(1.1) Pour l'application de l'alinéa (1)h), sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l'article 269.1 du *Code criminel*, ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

85.1 (1) L'avocat spécial a pour rôle de défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil dans le cadre de toute instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

(2) Il peut contester :

a) les affirmations du ministre voulant que la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(b) the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel, and the weight to be given to it.

(3) For greater certainty, the special advocate is not a party to the proceeding and the relationship between the special advocate and the permanent resident or foreign national is not that of solicitor and client.

(4) However, a communication between the permanent resident or foreign national or their counsel and the special advocate that would be subject to solicitor-client privilege if the relationship were one of solicitor and client is deemed to be subject to solicitor-client privilege. For greater certainty, in respect of that communication, the special advocate is not a compellable witness in any proceeding.

85.2 A special advocate may

(a) make oral and written submissions with respect to the information and other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel;

(b) participate in, and cross-examine witnesses who testify during, any part of the proceeding that is held in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel; and

(c) exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national.

. . .

85.4 (1) The Minister shall, within a period set by the judge, provide the special advocate with a copy of all information and other evidence that is provided to the judge but that is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) After that information or other evidence is received by the special advocate, the special advocate may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge's authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate.

(3) If the special advocate is authorized to communicate with a person, the judge may prohibit that person from communicating with anyone else about the

b) la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil, et l'importance qui devrait leur être accordée.

(3) Il est entendu que l'avocat spécial n'est pas partie à l'instance et que les rapports entre lui et l'intéressé ne sont pas ceux qui existent entre un avocat et son client.

(4) Toutefois, toute communication entre l'intéressé ou son conseil et l'avocat spécial qui serait protégée par le secret professionnel liant l'avocat à son client si ceux-ci avaient de tels rapports est réputée être ainsi protégée, et il est entendu que l'avocat spécial ne peut être contraint à témoigner à l'égard d'une telle communication dans quelque instance que ce soit.

85.2 L'avocat spécial peut :

a) présenter au juge ses observations, oralement ou par écrit, à l'égard des renseignements et autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil;

b) participer à toute audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil, et contre-interroger les témoins;

c) exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger.

. . .

85.4 (1) Il incombe au ministre de fournir à l'avocat spécial, dans le délai fixé par le juge, copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge, mais qui n'ont été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil.

(2) Entre le moment où il reçoit les renseignements et autres éléments de preuve et la fin de l'instance, l'avocat spécial ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance si ce n'est avec l'autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées.

(3) Dans le cas où l'avocat spécial est autorisé à communiquer avec une personne, le juge peut interdire à cette dernière de communiquer avec qui que ce soit d'autre

proceeding during the remainder of the proceeding or may impose conditions with respect to such a communication during that period.

85.5 With the exception of communications authorized by a judge, no person shall

(a) disclose information or other evidence that is disclosed to them under section 85.4 and that is treated as confidential by the judge presiding at the proceeding; or

(b) communicate with another person about the content of any part of a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 that is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, as am. by S.C. 2013, c. 9, s. 20

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information or facts referred to in subsection 38.02(1) would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information or facts.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information or facts would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all or part of the information or facts, a summary of the information or a written admission of facts relating to the information.

Appeal allowed in part, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellants/respondents on cross-appeal: Attorney General of Canada, Toronto and Ottawa.

au sujet de l'instance, et ce jusqu'à la fin de celle-ci, ou assujettir à des conditions toute communication de cette personne à ce sujet, jusqu'à la fin de l'instance.

85.5 Sauf à l'égard des communications autorisées par tout juge, il est interdit à quiconque :

a) de divulguer des renseignements et autres éléments de preuve qui lui sont communiqués au titre de l'article 85.4 et dont la confidentialité est garantie par le juge présidant l'instance;

b) de communiquer avec toute personne relativement au contenu de tout ou partie d'une audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil dans le cadre d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, telle que mod. par L.C. 2013, ch. 9, art. 20

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe 38.02(1), sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements ou des faits porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits, d'un résumé des renseignements ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et CROMWELL sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Procureur des appellants/intimés au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group: Jackman Nazami & Associates, Toronto; Queen's University, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims): Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa; Amnesty International Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense : John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Université Queen's, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens) : Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Amnistie internationale : Clinique juridique communautaire Ottawa Centre, Ottawa; Amnistie internationale Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Solicitors for the Special Advocates: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Procureurs des avocats spéciaux : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.