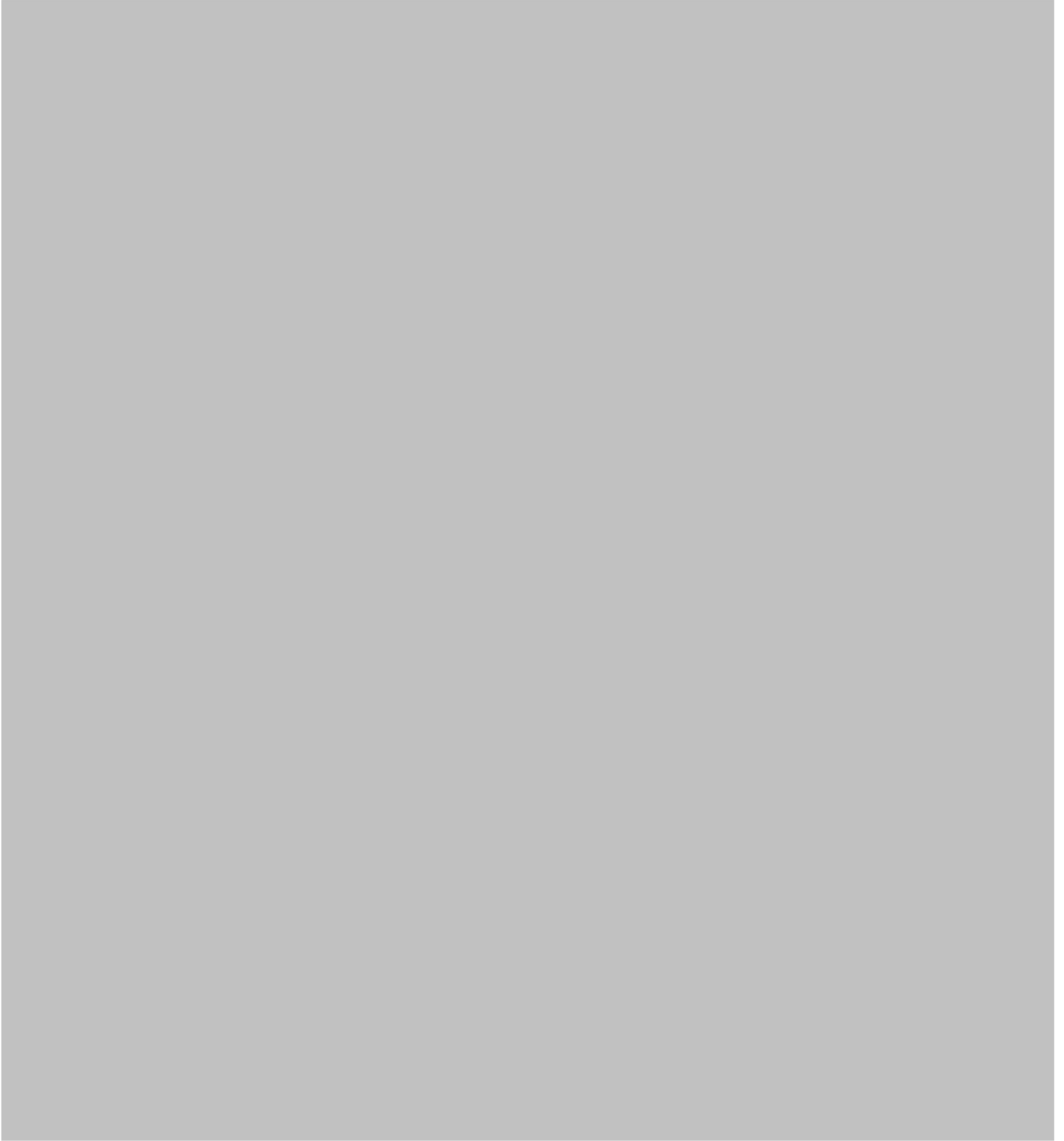




National Security Law Annual Update – Legal Developments

Mise à jour annuelle en droit de la sécurité nationale – Développements juridiques



Protégé – Secret Professionnel / Protected Solicitor-Client Privilege

Pages 2 to / à 38
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article

23

of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information



National Security Law Annual Update – Legal Developments

Mise à jour annuelle en droit de la sécurité nationale – Développements juridiques



Protégé – Secret Professionnel / Protected Solicitor-Client Privilege

**Pages 40 to / à 41
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article**

23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Price, Brenda

From: Parker, Andrew
Sent: September 29, 2010 10:35 AM
To: Mitchell, Cheryl
Cc: Desjardins, Josée; Vaillancourt, Normand; Price, Brenda
Subject: RE: CEA Policy Views Please (at least on s. 37)

Hello Cheryl,



Please do not hesitate to contact me should you wish to discuss

further.

Andrew Parker

Counsel | Avocat

National Security Group | Groupe sur la sécurité nationale

s.21(1)(a)

Criminal Litigation Division | Division du contentieux des affaires criminelles

s.23

Department of Justice Canada | Ministère de la Justice Canada

284 Wellington Street, room 2034 | 284, rue Wellington, pièce 2034

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0H8

Telephone | Téléphone: 613-946-7952 / Facsimile | Télécopieur: 613-941-4738

Government of Canada | Gouvernement du Canada

From: Mitchell, Cheryl
Sent: 2010-Aug-31 2:52 PM
To: Livingstone, Edward; Wright, Laurie; Desjardins, Josée
Cc: Rugar, Christopher; Rasmussen, Derek
Subject: CEA Policy Views Please (at least on s. 37)

s.21(1)(b)

Hi Ted, Laurie and Josée,

s.23

**Pages 44 to / à 45
are withheld pursuant to sections
sont retenues en vertu des articles**

21(1)(b), 23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Thank you.

Cheryl D. Mitchell
Senior Counsel / Avocate-conseil
Public Safety, Defence and Immigration / Sécurité publique, Défense et Immigration
Department of Justice / Ministère de la Justice
900 - 840 Howe Street / 840, rue Howe, pièce 900
Vancouver, B.C. V6Z 2S9 / Vancouver (C.-B.) V6Z 2S9
Telephone / Téléphone 604.666.1215

Facsimile / Télécopieur 604.666.2639
cheryl.mitchell@justice.gc.ca

Government of Canada / Gouvernement du Canada

Document protected by solicitor-client or litigation privilege: Do not disclose
Document protégé par le privilège du secret professionnel de l'avocat: ne divulguez pas

Introduction à
l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

Groupe sur la sécurité nationale

Juin 2011

Table des matières

- 1. Introduction**
- 2. Aperçu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada***
- 3. Distinction entre l'article 37 et l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada***
- 4. Rôle du Groupe sur la sécurité nationale**
- 5. Exigences de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada***
 - 5.1. Définition des « renseignements potentiellement préjudiciables » et des « renseignements sensibles »**
 - 5.2. Définition d'« instance »**
 - 5.3. Qu'est-ce que la « divulgation »?**
 - 5.4. Avis au procureur général du Canada**
 - 5.4.1. Qui envoie l'avis?**
 - 5.4.2. Qui est un « participant »?**
 - 5.4.3. Quand donner l'avis**
 - 5.4.3.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements**
 - 5.4.3.2. Avis lorsque la divulgation est imminente**
 - 5.4.4. Avis donné à la discrétion d'un fonctionnaire**
 - 5.4.5. Qui est un fonctionnaire?**
 - 5.4.6. Quand donner l'avis**
 - 5.4.6.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements**
 - 5.4.6.2. Avis lorsque la divulgation est imminente**
 - 5.4.7. Exceptions à l'obligation de donner un avis**
 - 5.5. Qui est le procureur général du Canada aux fins de l'avis?**
 - 5.6. Que doit contenir l'avis?**

- 5.7. Effet de l'avis
 - 5.7.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements
 - 5.7.2. Avis lorsque la divulgation est imminente
 - 5.7.3. Autres renseignements protégés
 - 6. Décision du procureur général du Canada
 - 7. Saisir la Cour fédérale d'une demande de divulgation
 - 8. Audience sur le fond pour déterminer si les renseignements devraient être divulgués
 - 8.1. Critères
 - 8.1.1. Pertinence
 - 8.1.2. Préjudice aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité nationales
 - 8.1.2.1. Principes généraux
 - 8.1.2.2. Règle des tiers
 - 8.1.2.3. Effet de mosaïque
 - 8.1.2.4. Enquêtes en cours et antérieures
 - 8.1.2.5. Sources humaines
 - 8.1.2.6. Divulgation par inadvertance
 - 8.1.3. Critère de la prépondérance des raisons d'intérêt public
 - 8.2. Ordonnances possibles concernant la divulgation
 - 8.3. Ordonnances sollicitant la présentation en preuve des renseignements divulgués dans une instance criminelle
 - 9. Importance du rôle de la personne qui préside l'instance
 - 10. Appels
 - 11. Certificat du procureur général du Canada
 - 12. Fiat du procureur général
- Annexe A – Liste de contrôle à l'intention des avocats**

INTRODUCTION À L'ARTICLE 38 DE LA LOI SUR LA PREUVE AU CANADA

Protection des renseignements confidentiels

1. Introduction

La Cour suprême du Canada a déclaré « qu'ils [les gouvernements] doivent tous, pour bien fonctionner, maintenir, jusqu'à un certain point, la sécurité et la confidentialité de diverses informations¹ ». L'intérêt national lors du traitement approprié de renseignements confidentiels peut se faire le plus sentir dans les cas où les renseignements visent les affaires internationales, la défense ou la sécurité nationales².

Le Parlement et les tribunaux canadiens reconnaissent depuis longtemps l'importance de protéger les renseignements dont la divulgation pourrait être préjudiciable aux affaires internationales, à la défense ou à la sécurité nationales. La Cour suprême du Canada a réaffirmé cette importance à l'égard des instances particulières visées par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* en ce qui a trait à des renseignements sensibles :

L'exception prévue aux al. 19(1)a) et b) vise à prévenir la divulgation accidentelle de renseignements obtenus à titre confidentiel de gouvernements ou d'organismes étrangers. Elle vise directement l'intérêt de l'État à maintenir ses sources étrangères de renseignements. L'article 21 tend à protéger les

1. *R. c. Thomson*, [1992] 1 R.C.S. 385.

2. Voir *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, concernant la nécessité de confidentialité dans les affaires mettant en cause la sécurité nationale.

intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. L'appelant reconnaît que l'intérêt légitime de l'État à protéger des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient sensiblement atteinte à la sécurité nationale est une préoccupation urgente et réelle. Dans l'arrêt *Chiarelli*, précité, p. 745, la Cour a reconnu l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale ainsi que la nécessité de protéger le secret dans les affaires touchant à celle-ci.

Les dispositions impératives pourvoyant à la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos ont pour objet d'éviter que les alliés et les sources de renseignements du Canada aient l'impression qu'une divulgation accidentelle pourrait survenir et que, pour cette raison, ils soient moins disposés à communiquer des renseignements à notre pays³. [...]

Le 24 décembre 2001, l'ancien article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) a été abrogé et remplacé par les nouveaux articles 38.01 à 38.16 (ci-après appelés « l'article 38 de la LPC »)⁴. Les nouvelles dispositions continuent de mettre l'accent sur l'équilibre entre les intérêts publics rivaux que sont la divulgation et la non-divulgation et ont étendu la gamme d'options concernant la manière de disposer des renseignements. L'importance de la protection de l'intérêt national continue d'être à l'avant-scène du cadre législatif. Les nouvelles procédures sont destinées à faciliter le traitement approprié et en temps opportun des renseignements confidentiels qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité

3. *Ruby c. Canada*, (2002) 4 R.C.S., aux paragraphes 43 et 44.

4. *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.

nationales en veillant à ce qu'un avis soit signifié au PG du Canada qui a la responsabilité d'évaluer si la divulgation serait préjudiciable.

Le présent document décrit le processus énoncé dans l'article 38 de la LPC pour la protection des renseignements, ainsi que le rôle et les responsabilités des différents participants au processus, tels que le Groupe sur la sécurité nationale, le Procureur général du Canada et la Cour fédérale du Canada.

2. Aperçu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 38 de la LPC crée un processus destiné à protéger les renseignements dont la divulgation dans le cadre d'instances pourrait porter atteinte aux affaires internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Les renseignements en cause sont appelés « renseignements sensibles » et « renseignements potentiellement préjudiciables ».

En résumé, les participants à des instances dans le cadre desquelles existe la possibilité que des renseignements de ce type soient divulgués doivent aviser le PG du Canada. Cet avis permettra au PG du Canada de décider s'il doit autoriser ou non la divulgation des renseignements, après avoir soupesé les raisons d'intérêt public de divulguer les renseignements et les raisons d'intérêt public de leur non-divulgation.

Il existe un recours judiciaire devant la Cour fédérale du Canada.

3. Distinction entre l'article 37 et l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'article 37 et l'article 38 de la *LPC* visent tous deux la protection des renseignements. L'article 37 énonce la procédure à suivre en présence d'objections contre la divulgation de certains renseignements « pour des raisons d'intérêt public déterminées », alors que l'article 38 énonce la procédure à suivre lorsque la divulgation de renseignements porterait préjudice aux affaires internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. En d'autres mots, lorsque l'objection à la divulgation « pour des raisons d'intérêt public déterminées » concerne les relations internationales, la défense ou la sécurité nationales, l'article 38 a préséance sur l'article 37.

L'instance sous-jacente aidera à décider s'il il y a lieu d'invoquer l'article 38 par opposition à l'article 37. En règle générale, si l'instance sous-jacente concerne une question de sécurité ou de défense nationales (par exemple, la poursuite d'une infraction liée au terrorisme, un litige civil visant un contrat de la Défense nationale), l'article 38 a préséance sur l'article 37.

4. Rôle du Groupe sur la sécurité nationale (GSN)

Le Groupe sur la sécurité nationale, Division du contentieux des affaires criminelles, Direction du contentieux, à l'administration centrale du ministère de la Justice, est le groupe clé au sein du ministère concernant l'article 38 de la *LPC*. En ce qui a trait à la *Loi sur la preuve au Canada*, le mandat du Groupe sur la sécurité nationale comprend les activités suivantes :

1. répondre aux demandes de renseignements générales concernant les dispositions de l'article 38 et prodiguer des avis et des conseils relativement à ses exigences et à son application, notamment fournir des avis sur la nécessité des avis et le moment où ils doivent être donnés;
2. recevoir tous les avis en vertu de la *LPC* au nom du PG du Canada⁵;
3. agir en qualité de bureau central qui coordonne la réponse du gouvernement en cas de divulgation possible de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables. Cette fonction signifie d'identifier les ministères et les organismes gouvernementaux intéressés par les renseignements, consulter ces ministères et organismes sur la question du préjudice et de l'intérêt public en ce qui a trait à la divulgation et la non-divulgation;
4. préciser les renseignements concernant l'instance liée à la *LPC* (par exemple, le fait qu'un avis a été donné au procureur général, le fait qu'une demande a été présentée devant la Cour fédérale ou qu'un appel a été interjeté ou une demande de contrôle de son ordonnance a été présentée) qui devraient être divulgués, les personnes à qui ils devraient l'être et à quelles conditions, le cas échéant;
5. présenter des recommandations au sous-procureur général adjoint (Contentieux) sur la question de savoir si la divulgation des renseignements à l'égard desquels un avis a été reçu devrait être autorisée et si oui, à quelles conditions, le cas échéant;

5. En vertu de l'article 38.01.

6. communiquer la décision du sous-procureur général adjoint (Contentieux) à l'expéditeur de l'avis;
7. donner des directives au plaideur de la section du litige civil représentant le PG du Canada devant la Cour fédérale relativement aux demandes présentées en vertu de l'article 38 de la *LPC* et à tout appel interjeté à leur égard.

5. Exigences de l'article 38 de la *LPC*

De façon générale, l'article 38 s'applique lorsque des « renseignements potentiellement préjudiciables » ou des « renseignements sensibles » seront « divulgués » dans le cadre d'une « instance ».

5.1. Définition des « renseignements potentiellement préjudiciables » et des « renseignements sensibles »

L'article 38 définit à la fois les « renseignements potentiellement préjudiciables » et les « renseignements sensibles ». Il est important de souligner que même si les définitions sont délibérément larges, les renseignements proprement dits qui peuvent être protégés de la divulgation une fois que le processus prévu est achevé doivent répondre à un critère plus étroit.

Les « renseignements potentiellement préjudiciables » sont définis comme suit :

Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

La définition contient les éléments suivants :

- La divulgation des renseignements peut causer un préjudice.
- Le préjudice allégué doit se rapporter au Canada (la défense nationale, la sécurité nationale ou les relations internationales).
- Les renseignements peuvent viser n'importe quel sujet. L'accent porte sur le préjudice potentiel découlant de la divulgation publique des renseignements, plutôt que sur un sujet donné.
- Il n'est pas nécessaire que les renseignements soient en la possession du gouvernement du Canada ni qu'ils soient issus du gouvernement du Canada.
- Il n'est pas nécessaire que les renseignements soient contenus dans un document; par exemple, il peut s'agir de renseignements que connaît un témoin éventuel.
- Il n'est pas nécessaire que la personne qui envisage d'aviser le PG évalue l'authenticité des renseignements.

Les « renseignements sensibles » sont définis comme suit :

Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

Les renseignements doivent :

- concerner les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales ou y être autrement liés;
- être (ou avoir été, dans le cas de renseignements pris du gouvernement du Canada) en la possession du gouvernement du Canada;
- provenir de toute source, du Canada ou de l'étranger;
- être le type de renseignements à l'égard desquels le gouvernement du Canada prend des mesures de protection.

Pour être visés par la définition, les renseignements sensibles ne nécessitent pas une preuve de préjudice.

Fait important, les renseignements sensibles doivent être en soi des renseignements qui se rapportent à un intérêt désigné. Il n'en va pas de même des renseignements potentiellement préjudiciables qui peuvent viser tout genre de renseignements dans la mesure où leur divulgation publique pourrait porter préjudice à l'un des trois intérêts désignés.

En pratique, les renseignements sensibles ou les renseignements potentiellement préjudiciables sont des renseignements qui révèlent ou tendent à révéler :

- l'identité d'une source de renseignements confidentielle;
- les cibles d'une enquête;
- des sources techniques de renseignements;
- des modes opératoires et des techniques d'enquête;
- l'identité d'employés secrets;
- des systèmes de télécommunications et de cryptage (cryptologie);

- des relations confidentielles avec un gouvernement ou un organisme étranger;
- des échanges diplomatiques confidentiels;
- du courrier interne contenant un langage dérogatoire à l'égard d'organisations étrangères;
- des critiques à l'égard d'un gouvernement étranger;
- des efforts diplomatiques;
- des renseignements divulguant les stratégies et les objectifs du gouvernement canadien à l'égard de questions relevant des affaires étrangères;
- des renseignements consulaires concernant la cible précise d'une enquête de sécurité nationale;
- les caractéristiques, les capacités, la performance, le déploiement éventuel, les fonctions ou les rôles des Forces canadiennes;
- des opérations militaires et des politiques concernant la conduite d'opérations militaires;
- des opérations, des organisations et des sources du renseignement;
- du matériel militaire et des systèmes de télécommunications;
- des relations avec des alliés, des États et des organismes étrangers.

Bien que la cote de sécurité attribuée à un document puisse être une indication selon laquelle les renseignements qu'il contient sont des renseignements à l'égard desquels le gouvernement du Canada prend des mesures de protection et (ou) que leur divulgation pourrait porter préjudice à la défense ou à la sécurité nationales ou aux affaires internationales, cette cote de sécurité ne constitue pas en soi une détermination qu'il s'agit de telles questions. La cote de sécurité ne répond donc pas de manière concluante à la question de savoir si les renseignements sont visés par l'une des définitions, et encore moins si les renseignements devraient être protégés.

Il est également important de souligner que la divulgation de renseignements ne retirera pas nécessairement les renseignements de la catégorie des « renseignements sensibles » ou des « renseignements potentiellement préjudiciables ». À titre d'exemple, des renseignements peuvent avoir paru dans les médias par inadvertance ou même de manière illégale et des commentaires du gouvernement sur leur véracité peuvent en soi donner lieu à la possibilité d'un préjudice.

Le gouvernement du Canada, par le biais de la Politique sur la sécurité du gouvernement⁶, a donné des directives sur les catégories de renseignements qui doivent être protégées. Les lois fournissent aussi des indications, à titre d'exemple, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection de l'information*.

Dans tous les cas, il est conseillé de communiquer avec le Groupe sur la sécurité nationale à l'administration centrale.

5.2. Définition d'« instance »

L'article 38 entre en jeu uniquement si la possibilité de divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles survient dans le contexte d'une « instance ».

L'article 38 définit une instance comme suit :

Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

6. Mise au point par le Conseil du Trésor.

L'instance peut être une instance criminelle (y compris les procédures préalables au procès telles que les demandes de mandats de perquisition et les requêtes en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité ou de levée de la confidentialité), ou une instance civile ou administrative. Cette dernière catégorie est très large et inclut des instances telles que des enquêtes publiques de même que des audiences devant des tribunaux administratifs. Le seul élément commun est que le président de l'instance a le pouvoir d'obliger la production de renseignements. Il est important de souligner qu'il importe peu, selon la définition, que le président de l'instance ait réellement ordonné la production des renseignements, c'est-à-dire que l'avis est envisagé non seulement lorsqu'une telle ordonnance a été prononcée, mais qu'il peut être donné en prévision d'une telle ordonnance.

5.3. Qu'est-ce que la « divulgation »?

L'article 38 ne définit pas la divulgation. Quoi qu'il en soit, au regard de l'intention du législateur, la divulgation devrait être interprétée dans son sens large et n'est pas limitée à la divulgation au grand public.

À titre d'exemple, la communication de renseignements à l'avocat de l'accusé dans une poursuite criminelle et la communication aux autres parties dans une instance civile sont considérées comme une divulgation aux fins de l'article 38. En d'autres mots, la communication de renseignements à une personne est jugée une divulgation aux fins de l'article 38 et exigerait un avis au PG du Canada. Dans certains cas, l'institution gouvernementale qui a produit les renseignements peut en autoriser la divulgation restreinte à une personne, moyennant des conditions⁷. Une telle divulgation contrôlée n'élimine pas nécessairement l'exigence de donner un

7. Alinéa 38.01(6)c).

avis. En dernier lieu, la divulgation accidentelle de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables ne signifie pas nécessairement que les renseignements ont été divulgués aux fins de la *LPC*.

Ce qui est jugé divulgué aux fins de la disposition de la *LPC* en ce qui a trait à l'avis repose sur les faits. Dans tous les cas, la consultation auprès du Groupe sur la sécurité nationale est fortement encouragée.

5.4. Avis au procureur général du Canada

En vertu de l'article 38, le participant a l'obligation d'aviser le PG de la possibilité de divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables dans le cadre d'une instance ou au cours de celle-ci.

5.4.1. Qui envoie l'avis?

L'obligation d'aviser le PG repose sur le « participant ».

5.4.2. Qui est un « participant »?

L'article 38 de la *LPC* définit un participant comme suit :

Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

Le participant n'est pas défini en fonction d'une relation avec le gouvernement ou les renseignements. La définition vise à identifier une personne qui peut participer à

l'éventuelle divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance ou au cours de celle-ci. Parmi les exemples de participants, mentionnons les suivants :

- une partie à l'instance qui a une obligation de divulgation (une personne qui est tenue de divulguer des renseignements, comme l'avocat du ministère public);
- un témoin dans une instance à qui il est ordonné de répondre à une question, faisant en sorte qu'il divulguerait des renseignements lors de son témoignage dans une instance (une personne qui est tenue de divulguer des renseignements);
- une partie à l'instance qui s'attend à présenter des renseignements en preuve (une personne qui prévoit de divulguer des renseignements);
- un témoin dans une instance qui s'attend à ce qu'on lui demande de divulguer des renseignements lors de son témoignage dans une instance (une personne qui prévoit de divulguer des renseignements);
- un témoin dans une instance qui désire témoigner à propos des renseignements ou autrement les divulguer, soit lors de son témoignage dans le cadre d'une instance, soit avant de témoigner (une personne qui prévoit de divulguer des renseignements);
- une partie à une instance qui s'attend à demander la divulgation de renseignements d'une autre partie ou d'un témoin qui dépose à l'occasion

d'une instance (une personne qui prévoit de faire divulguer des renseignements).

5.4.3. Quand donner l'avis

L'obligation d'aviser le PG survient dans deux cas :

- en prévision de la divulgation de renseignements⁸;
- lorsque la divulgation est imminente⁹.

5.4.3.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements

L'obligation d'aviser le PG survient en prévision d'une divulgation, avant la tenue de l'audience ou le dépôt d'actes de procédure. Ainsi, lorsqu'un participant, dans le cadre d'une instance :

- est tenu de divulguer (cela inclut la situation où la loi prévoit l'obligation de divulguer des renseignements ou lorsqu'une ordonnance de divulguer des renseignements a été prononcée);
- s'attend à divulguer (cela inclut la situation où une personne possède des renseignements et s'attend à les divulguer, soit verbalement (au moment de son témoignage), soit par écrit (dans des actes de procédure), bien qu'il n'existe pas d'obligation de le faire);
- s'attend à faire divulguer (y compris lorsqu'une personne s'attend à faire divulguer des renseignements par la délivrance d'une assignation à comparaître ou d'un subpoena *duces tecum*¹⁰),

8. Paragraphe 38.01(1).

9. Paragraphe 38.01(2).

10. Procédure judiciaire qui ordonne à une personne de comparaître en cour et d'apporter avec elle un élément de preuve ou un autre objet qui doit être présenté au tribunal.

des renseignements dont le participant croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, le participant DOIT aviser le PG dès que possible¹¹. Puisque le « participant » est la personne qui est tenue de divulguer des renseignements, qui prévoit en divulguer ou qui en fait divulguer, il devrait connaître la nature des renseignements et il n'a aucun pouvoir discrétionnaire. L'avis doit être donné.

L'avis donné en prévision de la divulgation de renseignements a pour but d'accorder au PG du Canada du temps pour résoudre la question avant la tenue de l'instance, réduisant ainsi les retards.

Il est recommandé aux participants de consulter le Groupe sur la sécurité nationale lorsqu'ils examinent la question de savoir s'ils doivent envoyer un avis au PG du Canada en vertu de la Loi et le moment de le faire. Par contre, il y aura des circonstances où l'avis au PG du Canada ne sera pas exigé, même s'il y a une possibilité de divulgation d'information. Si le participant est d'avis que les renseignements sensibles ou les renseignements potentiellement préjudiciables ne font pas l'objet d'une obligation de divulgation, par exemple ils ne sont pas pertinents ou sont assujettis à une certaine forme de privilège, il se peut alors que l'avis au procureur général ne soit pas exigé. Si la divulgation éventuelle est hypothétique, c'est-à-dire que les renseignements peuvent concerner des questions qui peuvent ou ne peuvent pas être posées, ou qui peuvent concerner le témoignage d'un témoin dont l'assignation à comparaître sera contestée, il est alors possible que l'avis ne soit pas exigé. De même, il se peut que l'avis ne soit pas exigé lorsque l'obligation de divulguer des renseignements peut être remplie en fournissant une version épurée de documents ou un résumé des renseignements.

11. Paragraphe 30.01(1).

5.4.3.2. Avis lorsque la divulgation est imminente

Bien que le régime ait été établi pour traiter de la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables avant l'instance, dans certains cas, il peut ne pas être possible de prévoir que la divulgation de renseignements sera en cause. Par conséquent, lorsqu'un participant croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables *sont sur le point d'être divulgués* par lui ou par une autre personne au cours d'une instance, le participant est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance. Le participant est également tenu d'aviser par écrit le PG du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu en prévision de l'instance¹².

Dans la décision *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*¹³, l'Ottawa Citizen avait présenté devant une cour provinciale une requête la priant d'annuler ou de modifier une ordonnance de confidentialité prononcée à l'égard de sept mandats de perquisition. Les renseignements dans les sept mandats de perquisition contenaient également des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables, selon la définition de l'article 38 de la *LPC* (à l'égard desquels le PG du Canada avait reçu un avis). Alors que la requête sollicitant l'annulation ou la modification de l'ordonnance de confidentialité était encore examinée par la cour, l'Ottawa Citizen a présenté une requête à la Cour fédérale sollicitant une ordonnance autorisant la divulgation des mêmes renseignements. Sur la question de l'opportunité de la requête selon l'article 38, le juge Lutfy a statué qu'il serait incongru que la Cour fédérale mène plus loin une

12. Paragraphe 38.01(2).

13. 2004 CF 1052, 255 F.T.R. 173, 122 C.R.R. (2d) 359.

instance dont l'objet est d'autoriser la communication de renseignements déclarés pour l'heure confidentiels par la Cour de justice de l'Ontario. Plus particulièrement, la Cour a conclu que :

[...] les renseignements secrets n'étaient pas « sur le point d'être divulgués », selon les mots des paragraphes 38.01(2) ou (4), tant que la juge Dorval n'avait pas statué sur la requête en annulation ou en modification de son ordonnance de confidentialité. Si elle avait rejeté ladite requête, aucun renseignement n'aurait été « sur le point d'être divulgué ». Il eût été préférable pour les avocats, à mon humble avis, de signaler à la Cour de justice de l'Ontario la possibilité d'application de l'article 38 et de continuer l'instance introduite en vertu du paragraphe 487.3(4) jusqu'à ce que la juge Dorval vînt à préciser, pour le cas où telle eût été sa décision, qu'elle était disposée à annuler ou à modifier son ordonnance de confidentialité.

[...]

Le recours des parties à l'article 38 avant que la juge Dorval n'ait pu effectuer son analyse selon l'article 487.3 était prématuré. L'avis prévu par l'article 38.01, l'autorisation ou la notification donnée par le procureur général du Canada en vertu des paragraphes 38.03(1) ou (3) respectivement et toute demande présentée à la Cour fédérale en vertu de l'article 38.04 auraient pu suivre la décision de la juge Dorval. Cette manière de faire aurait été compatible avec le processus exposé dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839.

5.4.4. Avis donné à la discrétion d'un fonctionnaire

En vertu de l'article 38.01 de la *LPC*, un fonctionnaire a le pouvoir discrétionnaire d'aviser le PG du Canada lorsqu'il est possible que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables soient divulgués dans le cadre d'une instance ou au cours de celle-ci.

5.4.5. Qui est un fonctionnaire?

Un fonctionnaire n'est pas un participant à une instance. En vertu de l'article 36.1 de la *LPC*, la définition du mot « fonctionnaire » est la même que celle prévue à l'article 118 du *Code criminel*, à savoir :

Personne qui, selon le cas :

- a) occupe une charge ou un emploi,
- b) est nommée ou élue pour remplir une fonction publique.

Selon l'article 118, une « charge » ou un « emploi » s'entend :

- a) d'une charge ou fonction sous l'autorité du gouvernement;
- b) d'une commission civile ou militaire ;
- c) d'un poste ou emploi dans un ministère public.

Finalement, « gouvernement » est selon le cas :

- a) le gouvernement du Canada;
- b) le gouvernement d'une province;
- c) Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

Ces définitions viseraient donc les avocats du ministère de la Justice agissant auprès d'organismes d'enquête, de même que les fonctionnaires des gouvernements provinciaux.

5.4.6. Quand donner l'avis

Le fonctionnaire peut aviser le PG dans deux cas :

- en prévision de la divulgation de renseignements¹⁴;
- lorsque la divulgation est imminente¹⁵.

5.4.6.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements

Lorsque, dans le cadre d'une instance, un fonctionnaire croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués, le fonctionnaire, à l'exclusion d'un participant, PEUT aviser le PG de la possibilité de divulgation¹⁶. Cette situation surviendra dans les cas où le fonctionnaire n'est pas participant à l'instance mais qu'il a connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, d'une instance à l'occasion de laquelle des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués.

5.4.6.2. Avis lorsque la divulgation est imminente

Le fonctionnaire, à l'exclusion d'un participant, qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point

14. Paragraphe 38.01(3).

15. Paragraphe 38.01(4).

16. Paragraphe 38.01(3).

d'être divulgués au cours d'une instance, peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance. Si le fonctionnaire soulève la question, il est tenu d'aviser par écrit le PG du Canada de la question dès que possible, peu importe si ces renseignements aient déjà fait l'objet d'un avis avant l'instance¹⁷.

En pratique, cette situation se produirait très vraisemblablement lorsqu'un témoin est interrogé au cours d'une instance. La personne s'opposerait à répondre à la question pour les motifs expliqués ci-dessus.

5.4.7. Exceptions à l'obligation de donner un avis

Il existe plusieurs exceptions à l'obligation de donner un avis¹⁸.

Il N'EST PAS nécessaire d'aviser le PG dans les cas suivants :

- la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;
- les renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du PG du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, des articles 38.01 à 38.13, ou des articles 38.15 et 38.16. Cette exception permet au PG du Canada de communiquer les renseignements à d'autres organismes et d'évaluer la question de savoir s'il devrait autoriser leur divulgation ou non;

17. Paragraphe 38.01(4).

18. Paragraphe 38.01(6).

- la communication des renseignements est autorisée par l'institution gouvernementale où les renseignements ont été produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, si les renseignements n'ont pas été produits dans une institution gouvernementale ou pour son compte, par l'institution gouvernementale qui les a tout d'abord reçus;
- les renseignements divulgués auprès d'une entité et, le cas échéant, pour les besoins énumérés dans l'annexe de la *LPC*;
- lorsque l'institution ou les institutions gouvernementales concernées ont indiqué que l'avis au procureur général n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements. Cela surviendra habituellement lorsque l'institution intéressée autorise la communication ou que la divulgation éventuelle est hypothétique ou qu'elle ne s'est pas encore cristallisée (par exemple, une décision sur la pertinence aux fins de l'obligation de divulgation n'a pas encore été rendue)¹⁹.

5.5. Qui est le procureur général du Canada aux fins de l'avis?

L'avis qu'exigent les paragraphes 38.01(1) à (4) doit être envoyé à l'adresse suivante :

Groupe sur la sécurité nationale
Division du contentieux des affaires criminelles
Direction du contentieux
284, rue Wellington
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

19. Paragraphe 38.01(7).

5.6. Que doit contenir l'avis?

L'avis doit être par écrit et contenir les éléments suivants :

- un avis au PG du Canada de la possibilité de divulgation;
- la qualité de la personne qui donne l'avis (participant ou fonctionnaire), ainsi que les renseignements le concernant (nom, adresse, numéro de téléphone);
- la nature, la date et le lieu de l'instance dans laquelle la divulgation peut survenir²⁰;
- un bref historique sur le plan procédural et un bref résumé de l'affaire dans laquelle la divulgation éventuelle pourrait survenir;
- une évaluation de la pertinence des renseignements;
- une description des renseignements visés par l'avis et, si possible, les renseignements eux-mêmes (copies papier ou électroniques);
- une brève description du préjudice potentiel que pourrait causer la divulgation.

Cela aidera le Groupe sur la sécurité nationale à formuler une recommandation au PG du Canada. Un règlement en vertu de la *LPC* sur les exigences en matière d'avis est en cours d'élaboration et sera publié dans la Gazette du Canada lorsqu'il sera approuvé.

20. Paragraphes 38.01(1) à (4).

5.7. Effet de l'avis

En bref, l'avis interdit la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, ainsi que la divulgation de renseignements liés au processus en vertu de la *LPC*.

5.7.1. Avis en prévision de la divulgation de renseignements

Dès qu'un avis est transmis au PG du Canada, la divulgation des renseignements visés par l'avis peut être faite uniquement conformément aux dispositions de la *LPC*²¹.

5.7.2. Avis lorsque la divulgation est imminente

Dès que l'avis est donné au PG du Canada et à la personne qui préside l'instance, tant les participants que la personne présidant l'instance veillent à ce que les renseignements ne soient pas divulgués autrement que conformément à la *LPC*²².

5.7.3. Autres renseignements protégés

Outre les renseignements sensibles et les renseignements potentiellement préjudiciables, lorsqu'un avis est transmis au PG du Canada, la Loi interdit également la communication des renseignements suivants²³ :

21. Alinéa 38.02(1)a).
22. Paragraphes 38.01(2) et (4), alinéa 38.02(1)a).
23. Alinéas 38.02(1)b) à d).

- le fait qu'un avis est donné au PG du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);
- le fait qu'une demande ait été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il ait été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance ait été renvoyée pour examen;
- le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

À MOINS QUE

- le PG n'autorise par écrit la divulgation²⁴.

En d'autres mots, la *LPC* interdit aussi la divulgation de renseignements concernant les processus de la *LPC* liés à l'avis au PG et à la Cour fédérale (section de première instance et section d'appel). En conséquence, le participant ou le fonctionnaire qui a donné un avis, y compris un avocat du ministère public agissant dans une poursuite pour le compte du PG du Canada, ne peut divulguer à quiconque les renseignements ou des faits concernant les procédures en vertu de la *LPC*, y compris les autres participants ou la personne qui préside l'instance, à moins que le PG du Canada ne l'y autorise.

24. Alinéa 38.02(2)a).

6. Décision du procureur général du Canada

Le PG du Canada dispose d'un délai de dix (10) jours suivant la réception du premier avis donné par écrit pour notifier par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis²⁵.

Le PG peut²⁶ :

- autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements potentiellement préjudiciables ou des renseignements sensibles et assortir l'autorisation de divulgation de conditions ou non;
- autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements relatifs aux processus connexes et assortir l'autorisation de divulgation de conditions ou non.

Les conditions peuvent inclure des conditions concernant l'utilisation des renseignements, la manière selon laquelle la divulgation est faite (oralement, dans un document ou dans une instance à huis clos), la personne à qui la divulgation est faite et concernant une divulgation ultérieure (le traitement de documents ou de copies de documents par les participants, les greffes des tribunaux, etc.).

Le PG du Canada, par l'intermédiaire du Groupe sur la sécurité nationale, consultera les ministères et les organismes intéressés avant de prendre une décision.

Si le PG du Canada n'a pas autorisé la divulgation de tous les renseignements sans condition dans les dix (10) jours suivant la réception de l'avis, l'interdiction de

25. Paragraphe 38.03(3).

26. Paragraphe 38.03(1).

divulgation demeure en vigueur jusqu'à ce que la Cour fédérale rende une décision sur cette question.

Pour déterminer la question de savoir s'il autorise la divulgation ou non, le procureur général applique le même critère en trois volets que celui qu'utilise la Cour fédérale. (Voir la section 8 ci-après).

En résumé, le PG du Canada n'interdit pas la divulgation de renseignements, mais il en accorde plutôt l'autorisation. Sous l'angle de l'application de la Loi, la divulgation de renseignements sensibles et de renseignements potentiellement préjudiciables, ainsi que de renseignements relatifs au processus est interdite dès qu'un avis est donné au PG du Canada et (ou) que la question est soulevée devant la personne qui préside l'instance.

7. Saisir la Cour fédérale d'une demande de divulgation

Si le PG du Canada :

- 1) n'a pas autorisé la divulgation de tous les renseignements visés par l'avis;
- 2) a autorisé leur divulgation, sous réserve de conditions;
- 3) n'a pas notifié sa décision tel que le prévoit le paragraphe 38.03(3), la Cour fédérale peut alors être saisie de l'affaire²⁷.

Une demande à la Cour fédérale sollicitant une ordonnance à l'égard de la divulgation des renseignements à l'égard desquels un avis a été donné **doit** être présentée :

27. Article 38.04.

- par le procureur général, lorsqu'un témoin donne l'avis²⁸;
- par la personne qui a l'obligation de divulguer des renseignements (à l'exclusion d'un témoin), lorsque cette personne donne l'avis²⁹.

Une demande à la Cour fédérale sollicitant une ordonnance de divulgation des renseignements à l'égard desquels un avis a été donné **peut** être présentée :

- par le PG du Canada, à tout moment et en toutes circonstances³⁰;
- par la personne, lorsque cette personne, qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements, veut les divulguer ou les faire divulguer par une autre personne³¹.

Dans tous les cas qui précèdent, le plaideur de la section du litige civil du ministère de la Justice représente le procureur général.

Dans tous les cas, le PG du Canada doit être avisé d'une demande présentée à la Cour fédérale³². Le PG du Canada a le droit de présenter devant la Cour fédérale, à l'égard de la demande, des observations concernant l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la demande. La demande a pour but de saisir la Cour fédérale de l'affaire afin que celle-ci puisse décider si une audience est nécessaire et préciser les personnes qui devraient recevoir avis de l'audience, ainsi que la forme et le contenu d'un tel avis. Le PG du Canada est responsable de transmettre un

28. Alinéa 38.04(2)a).
29. Alinéa 38.04(2)b).
30. Paragraphe 38.04(1).
31. Alinéa 38.04(2)c).
32. Paragraphe 38.04(3).

avis d'audience aux personnes à l'égard desquelles la Cour fédérale ordonne la transmission de l'avis, peu importe la personne qui a saisi la Cour fédérale de l'affaire³³.

Le 15 janvier 2009, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a statué que le régime pour se prononcer sur les revendications de privilèges fondés sur les relations internationales, la sécurité et la défense nationales prévu aux articles 38 à 38.16 de la *LPC* était inconstitutionnel et inopérant parce qu'il accordait à la Cour fédérale la compétence exclusive de se prononcer sur de telles questions dans des procès criminels devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. De telles revendications doivent être entendues et déterminées par la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La Cour a également statué que les dispositions privaient la division de première instance de la cour supérieure provinciale de sa capacité d'appliquer la Constitution³⁴. Cette décision a été portée en appel à la Cour suprême du Canada en novembre 2009.

Dans *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General) [Abou-Elmaati]*³⁵, les demandeurs contestaient, en se fondant sur la Constitution, la nature exclusive du pouvoir conféré à la Cour fédérale de statuer sur les oppositions à la divulgation de renseignements protégés en vertu de l'article 38 de la *LPC*. Ils ont en outre présenté une requête afin que la version non expurgée de certains documents ou catégories de documents leur soit communiquée. La Cour supérieure a rejeté la requête au motif qu'elle n'a pas, au cours de la période d'instruction d'un procès civil, compétence pour statuer sur la validité de la revendication d'un privilège de la Couronne fondée sur la sécurité nationale puisque seule la Cour fédérale est

33. Sous-alinéa 38.04(5)c)(ii).

34. *R. c. Ahmad et al.*, aux paragraphes 111, 148, 158.

35. *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055.

compétente à cet égard. La Cour a toutefois déclaré que, dans une instance civile où des droits fondamentaux garantis par la *Loi constitutionnelle*, y compris la *Charte des droits et libertés*, sont revendiqués par un demandeur ou un défendeur, le juge de la Cour supérieure a compétence pour se prononcer sur un privilège de la Couronne invoqué par le gouvernement pour des raisons de sécurité nationale. La Cour a conclu que, bien que l'article 38 de la *LPC* ne constitue pas une atteinte constitutionnelle à la compétence de la Cour supérieure au regard des procédures interlocutoires qu'elle instruit, il pouvait porter atteinte à la compétence fondamentale des juges de première instance de la Cour supérieure. Cette décision a été portée en appel à la Cour d'appel de l'Ontario en juin 2010.

8. Audience sur le fond pour déterminer si les renseignements devraient être divulgués

8.1. Critères

Pour décider s'il devrait ordonner la divulgation, le juge doit déterminer si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales³⁶. S'il conclut que la divulgation leur porterait préjudice, le juge doit examiner la question de savoir si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Les tribunaux ont reconnu qu'il existe des exceptions claires au « principe de la publicité des débats judiciaires » et que le privilège fondé sur la sécurité nationale est l'une de ces exceptions³⁷.

36. Paragraphe 38.06(1).

37. *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 1082, au paragraphe 44.

Dans l'arrêt *R. c. Ribic [Ribic]*³⁸, la Cour d'appel fédérale a énoncé certains principes de base concernant le critère de pondération à appliquer. Dans le contexte du critère formulé par la Cour, il est important de souligner que cette affaire visait un accusé qui demandait la divulgation de renseignements.

- La première étape consiste à déterminer si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non dans l'affaire en question. Si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Généralement, cette étape nécessite un examen des renseignements. C'est à la partie qui demande leur divulgation qu'il appartient d'établir la pertinence des renseignements.
- Lorsque le juge est convaincu que les renseignements sont pertinents, il doit se prononcer sur le préjudice à l'intérêt nommé. Le juge doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve. Le juge ne doit pas substituer son propre avis à celui du pouvoir exécutif et il devrait accorder un poids considérable aux observations du procureur général (qui exerce un rôle de protecteur envers la sécurité du public et parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise). Si l'évaluation que le procureur général fait est raisonnable, le juge doit l'accepter.
- Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements. C'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en

38. [2005] 1 R.C.F. 33, 2003 C.A.F. 246.

alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

- Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge dit alors si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur.
- Soupeser les intérêts rivaux en jeu requiert l'application d'un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements.
- Bien qu'elle n'ait pas tranché la question de façon concluante, la Cour a statué que, dans le contexte d'un procès criminel, le critère à appliquer lorsqu'on soupèse des intérêts est vraisemblablement la démonstration de l'innocence de l'accusé — du moins à l'égard d'affaires touchant la sécurité ou la défense nationales.
- Le juge doit s'assurer que la forme et les conditions de la divulgation ont toutes les chances de limiter le préjudice.

La Cour fédérale a maintes fois appliqué le critère en trois volets élaborés dans l'arrêt *Ribic*, précité : voir *Canada (Procureur général) c. Mohammad Momin Khawaja [Khawaja]*³⁹, *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à*

Maher Arar [*Arar*]⁴⁰ et *Abdullah Khadr c. Canada (Procureur général)* [*A. Khadr*]⁴¹ et *Omar Khadr c. Canada (Procureur général)* [*O. Khadr*]⁴². Dans *Arar*, le juge Noël a souligné l'importance d'adapter le critère au contexte des particularités de la demande individuelle, à savoir, dans cette affaire, une commission publique. Il est également important de souligner qu'une demande fondée sur l'article 38.04 n'est pas un contrôle judiciaire. Il s'agit d'une demande à l'égard de laquelle le juge est tenu de rendre une première décision sur la question de savoir si l'interdiction prévue par la loi devrait être confirmée ou non⁴³.

Tel qu'il a été mentionné ci-dessus, le critère en trois volets de *Ribic* peut être résumé comme suit : a) la pertinence; b) l'identification du préjudice; c) la pondération des raisons d'intérêt public. Les trois volets du critère sont décrits en détail ci-après.

8.1.1. Pertinence

Dans l'arrêt *Ribic*, la Cour a déclaré que la première étape consiste à déterminer si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle énoncée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*⁴⁴, c'est-à-dire, si les renseignements pourraient être raisonnablement utiles pour la défense⁴⁵. Il s'agit d'un seuil de faible niveau. C'est à la partie qui demande la divulgation qu'il appartient de prouver que les renseignements en cause sont très probablement pertinents. Ce principe a été confirmé dans *Arar*.

39. *Canada (Procureur général) c. Mohammad Momin Khawaja*, 2007 C.F. 490, [2008] 1 R.C.F. 547.

40. *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 C.F. 766, [2008] 3 R.C.F. 248.

41. *A. Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 C.F. 549.

42. *O. Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 C.F. 807.

43. *Ribic*, précité, note 36.

44. [1991] 3 R.C.S. 326.

8.1.2. Préjudice aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales

Le deuxième volet du critère consiste à déterminer si la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales. Dans *Ribic*, la Cour a déclaré que « [c]'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice⁴⁶ », vraisemblablement le procureur général du Canada (PG). Dans *Khawaja*, la Cour a déclaré que ce volet du critère est apprécié selon la norme de la décision raisonnable – si l'évaluation du PG est raisonnable, le juge doit l'accepter. Il n'appartient pas au juge de mettre en doute l'opinion du pouvoir exécutif et de remplacer celle-ci par la sienne. La Cour d'appel fédérale a également souligné cet élément dans l'arrêt *Ribic* dans lequel elle a statué que les conclusions du procureur général concernant « son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [...], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé ». Cela repose sur le rôle protecteur du procureur général envers la sécurité du public. La Cour fédérale a aussi déclaré dans *Arar* que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l'égard des décisions de l'exécutif pour ce qui porte préjudice, parce que le pouvoir exécutif est reconnu pour détenir davantage de connaissances spécialisées en ces matières que les tribunaux. Cependant, pour conclure qu'il y aura préjudice, le tribunal doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve. La

45. Précité, note 36, au paragraphe 17. Voir aussi *Khawaja*, au paragraphe 62.

46. Au paragraphe 20.

LPC exige une preuve selon laquelle le préjudice est vraisemblable plutôt que simplement possible. Le gouvernement doit persuader le juge chargé du contrôle que « le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture⁴⁷ ».

Dans *Canada (Attorney General) c. Almalki et al. [Almalki]*⁴⁸, les défendeurs prétendaient que la retenue judiciaire dont faisait l'objet l'évaluation du préjudice par le procureur général devait être réduite ou limitée car le pouvoir de procéder à cette évaluation avait été délégué à des fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres ministères. Selon les défendeurs, les fonctionnaires du ministère de la Justice qui agissaient au nom du procureur général acceptaient ces évaluations sans les vérifier. En conséquence, comme le procureur général a renoncé à déterminer lui-même si la divulgation serait préjudiciable, les décisions prises en son nom ont droit à peu ou pas de retenue judiciaire⁴⁹. Le juge Mosley a conclu, au sujet de cet argument, que le fait que ce n'est pas le procureur général personnellement qui évaluait le préjudice, mais plutôt des fonctionnaires, n'avait aucune incidence sur la question de la retenue judiciaire. Personne ne s'attend à ce qu'un ministre exerce lui-même toutes ses fonctions. Selon le juge Mosley :

[TRADUCTION] Le fait que l'évaluation du préjudice probable ne soit pas effectuée par le procureur général lui-même, mais plutôt par un fonctionnaire, n'a aucune incidence [...] sur la question de savoir si cette évaluation doit faire l'objet d'une certaine retenue judiciaire. Les ministres consultent leurs fonctionnaires sur des questions comme celle-là et l'accès à des sources d'information et d'expertise particulières

47. Au paragraphe 46.

48. *Canada (Attorney General) c. Almalki et al.*, 2010 FC 1106.

49. *Ibid.*, au paragraphe 98.

dont la Cour d'appel a fait mention dans *Ribic*, précité, est institutionnel et non personnel. Les ministres et les sous-ministres vont et viennent, et il est peu probable qu'ils se familiarisent suffisamment avec les questions de renseignement pour être en mesure de déterminer si une divulgation est susceptible de causer un préjudice ou non. Ils doivent s'en remettre à leurs fonctionnaires qui font ce travail quotidiennement et qui savent ce qui mènera ou non à la non-divulgation de renseignements utiles par des partenaires étrangers ou ce qui est problématique pour une autre raison au chapitre de la sécurité ou des relations internationales⁵⁰.

Dans *A. Khadr*, la Cour a statué qu'il ne suffit pas que le gouvernement dise qu'il y aura préjudice pour en conclure ainsi. Le gouvernement doit établir, selon la norme du caractère raisonnable et les éléments de preuve, les faits sur lesquels il fonde le préjudice. Pour qu'il y ait préjudice, il doit y avoir un détriment, un dommage ou une perte⁵¹.

Dans *Almalki*,⁵² le juge Mosley a examiné la question de savoir si un examen effectué par des fonctionnaires au motif qu'une divulgation « pourrait » être préjudiciable était incompatible avec le critère appliqué par la Cour sous le régime du paragraphe 38.06(1) de la *LPC* pour conclure qu'une divulgation « porterait » préjudice. La Cour a reconnu que les fonctionnaires doivent :

[TRADUCTION] se servir de la norme définie par les termes « susceptible de porter préjudice » parce que c'est cette norme qui est employée dans la définition de « renseignements potentiellement préjudiciables » à

50. *Ibid.*, au paragraphe 103.

51. *Arar*, au paragraphe 51.

52. *Almalki*, précité, note 48.

l'article 38, à l'égard desquels ils sont autorisés à donner l'avis visé au paragraphe 38.01(1)⁵³.

Bien qu'elle ait conclu à l'absence d'incompatibilité, la Cour a statué que cela entraînerait inévitablement une évaluation du risque d'une portée trop large jusqu'à ce qu'elle réexamine la décision.

8.1.2.1. Principes généraux

Dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*⁵⁴, la Cour fédérale a indiqué que les renseignements qui identifient ou peuvent identifier les sources humaines ou techniques de renseignements, les objets passés ou présents visés par des enquêtes, les techniques et les modes d'opération, révéler l'intensité, l'envergure et le succès ou le peu de succès, ou la nature et le contenu de renseignements classifiés sont considérés comme portant préjudice à la sécurité nationale s'ils sont divulgués. La Cour a aussi indiqué que, dans le contexte de l'appréciation de la question de savoir s'il y a préjudice à la sécurité nationale, il faut prendre en compte la notion [TRADUCTION] d'« observateur bien informé ».

Dans *Arar*, la Cour fédérale a déclaré qu'elle n'interdira pas la divulgation de renseignements lorsque la raison unique ou principale pour laquelle le gouvernement veut faire interdire la divulgation est sa volonté de se soustraire à la critique ou d'éviter un embarras⁵⁵.

53. *Ibid.*, au paragraphe 110.

54. *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229, (1988) 53 D.L.R. (4th) 568, conf. (1992) 88 D.L.R. (4th) 575.

55. *Arar*, au paragraphe 58.

Dans l'arrêt *Canada (Ministre de l'emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*⁵⁶, la Cour suprême du Canada a reconnu l'intérêt de l'État à protéger la sécurité nationale ainsi que la nécessité de protéger le secret dans les affaires touchant celle-ci.

Sécurité nationale

Dans la décision *Arar*, la Cour a défini la sécurité nationale comme étant « la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada⁵⁷ ».

Défense nationale

Dans la décision *Arar*, la Cour fédérale a défini l'expression « défense nationale » comme suit :

Quant à l'expression « défense nationale », le *Black's Law Dictionary* la définit ainsi :

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

À mon avis, compte tenu de l'objet de l'article 38, qui est d'empêcher la diffusion de renseignements pouvant être préjudiciables, la définition

56. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711. Voir aussi *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 43.

57. Au paragraphe 68.

étendue que donne le *Black's Law Dictionary* de ce qui constitue la défense nationale est satisfaisante⁵⁸.

L'importance de l'intérêt de la défense nationale a été reconnue dans *Canada (Procureur général) c. Ribic*⁵⁹, ainsi que dans *A. Khadr c. Canada (Procureur général)*⁶⁰. Dans *Ribic*, la Cour fédérale a défini des domaines à l'égard desquels la divulgation de renseignements sensibles causerait un préjudice aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales. La Cour a énuméré des préjudices selon lesquels la divulgation ébranlerait la confiance parmi les alliés (les alliés de l'OTAN en particulier), compromettrait le rôle du Canada au sein de l'OTAN, diminuerait la confiance des alliés en la capacité du Canada de protéger des renseignements partagés dans l'avenir, irait à l'encontre d'ententes conclues avec les alliés, compromettrait la capacité de l'OTAN et du Canada de mener des opérations futures puisqu'il y aurait eu divulgation de renseignements sur les modes d'opération, et nuirait à la conduite des affaires et ébranlerait la confiance des alliés. En définissant ces domaines où il y aurait préjudice, la Cour fédérale n'a pas précisément fait de distinction entre le préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Bien que tous les préjudices aient été groupés sous la rubrique générale intitulée « Préjudice porté aux intérêts nationaux », il ressort clairement qu'une bonne partie des renseignements en cause se rapportent à la défense nationale, plus particulièrement en ce qu'ils se rapportent « aux caractéristiques, aux capacités, au rendement, au déploiement éventuel, aux fonctions ou aux rôles des établissements de défense de forces, d'unités ou du personnel militaires sur le théâtre bosnien en 1995⁶¹ ».

58. Au paragraphe 62.

59. 2003 CFPI 43.

60. 2008 CF 549.

61. Précité, note 36, au paragraphe 15.

Dans *A. Khadr*, la Cour fédérale a statué que l'examen des raisons d'intérêt public devait tenir compte du fait que « la sécurité des troupes et des civils canadiens en Afghanistan est tributaire notamment de la coopération des autres gouvernements dans la région et des autres membres de la force de sécurité internationale qui y est déployée. Dans ce contexte, la divulgation des renseignements en cause en l'espèce pourrait avoir des répercussions beaucoup plus graves si elle devait entraîner une diminution ou la fin de cette coopération⁶² ».

Affaires internationales

Dans *Arar*, la Cour fédérale a également présenté une certaine notion de la signification de l'expression « affaires internationales », puisque la jurisprudence canadienne ne la définit pas. La Cour a examiné la définition dans le *Black's Law Dictionary* et a tiré la conclusion suivante : « [...] Vu cette définition ainsi que l'objet de l'article 38 de la *LPC*, les 'renseignements préjudiciables aux relations internationales' s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines⁶³. »

Dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel fédérale a reconnu qu'un préjudice porté aux relations internationales pouvait présenter « un caractère et une ampleur de nature à mettre en péril la sécurité nationale ou la défense nationale⁶⁴ ». Ce principe a été réitéré dans *Khawaja*.

Dans *Singh c. Canada (Procureur général)*⁶⁵, la Cour fédérale a déclaré ce qui suit :

-
62. Précité, note 38 au paragraphe 104.
63. Au paragraphe 61.
64. Au paragraphe 27.
65. 186 F.T.R. 1 (C.F.), au paragraphe 25.

[...] Les relations que le Canada entretient avec d'autres pays, notamment avec nos alliés, reposent sur l'échange de renseignements dans un but commun. Il existe un intérêt public lié à la nécessité de préserver la confiance des gouvernements étrangers de façon que les organismes canadiens, notamment ceux qui s'occupent de la sécurité, puissent continuer à recevoir en temps opportun d'autres organismes des renseignements susceptibles d'être pertinents pour le Canada. Par définition, un renseignement confidentiel est un renseignement qui est fourni avec l'assurance qu'il ne sera pas divulgué sans l'autorisation de la source ou de l'auteur. Si le Canada ne bénéficie pas de la confiance de ses alliés, il se peut que nos relations internationales et notre sécurité à l'étranger en souffrent. Le maintien de cette confiance constitue un intérêt public très important.

Dans *A. Khadr*, M. Khadr souhaitait avoir accès aux renseignements que possédait le gouvernement canadien pour l'aider à se défendre contre une demande d'extradition. Le procureur général a soutenu que la divulgation des renseignements que l'on cherchait à protéger porterait atteinte à la sécurité nationale et aux relations internationales du Canada en violant la confidentialité des renseignements échangés avec des tiers :

En ce qui concerne le MAECI, on fait valoir que la confidentialité est fondamentale à la collecte de renseignements et à l'échange de renseignements entre les États. La pratique et l'usage internationaux exigent que les communications diplomatiques soient menées de manière confidentielle, à moins d'accord contraire exprès. La divulgation des noms de sources confidentielles et des renseignements fournis par

des fonctionnaires étrangers qui s'attendaient à ce qu'ils demeurent confidentiels aurait de graves répercussions sur la capacité du Canada d'atteindre ses objectifs en matière de politique étrangère et sur sa réputation auprès des autres gouvernements, dont ses principaux alliés. Le défaut de protéger ces renseignements dans des cas relevant des affaires consulaires pourrait nuire à la capacité du Canada de fournir une aide consulaire aux personnes détenues. Les efforts faits en matière de promotion des droits de la personne, de la démocratie et de la bonne gouvernance seraient compromis si les évaluations sincères de la situation existant dans des États étrangers effectuées par des fonctionnaires canadiens étaient divulguées. Les personnes-ressources avec lesquelles les fonctionnaires canadiens ont des discussions franches dans ces États seraient en danger si leur identité était révélée⁶⁶.

La Cour fédérale a reconnu que dans l'ensemble, le procureur général s'était acquitté de son fardeau d'établir que la divulgation des renseignements pertinents porterait préjudice à la sécurité nationale et aux relations internationales du Canada. La Cour a cependant conclu que le PG ne s'était pas déchargé de son fardeau d'établir que la divulgation de renseignements concernant le fait qu'une prime pouvait avoir été utilisée pour capturer M. Khadr porterait préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada. En conséquence, la Cour a autorisé la divulgation de ces renseignements, sans assortir l'autorisation de conditions. La Cour a conclu que la divulgation était justifiée pour les motifs suivants : (1) plus de trois ans s'étaient écoulés depuis que les fonctionnaires canadiens avaient obtenu des renseignements; (2) la pratique générale d'utiliser des primes appartenait maintenant au domaine public; (3) aucune source humaine ne

66. Au paragraphe 71.

semblait être en danger si les renseignements étaient divulgués; (4) la situation au Pakistan avait changé depuis que les incidents avaient eu lieu. Néanmoins, la décision reconnaît l'importance de l'intérêt des « relations internationales ».

8.1.2.2. Règle des tiers

Comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*⁶⁷, les renseignements reçus de tiers, y compris les services du renseignement, sont habituellement fournis pour autant qu'ils ne seront pas dévoilés à moins que la source n'y consente. La divulgation de tels renseignements aurait un effet néfaste sur la capacité du Canada de mener des enquêtes sur des activités constituant une menace pour la sécurité du Canada et, par conséquent, porterait préjudice à la sécurité nationale. De plus, toute divulgation non autorisée de renseignements confidentiels reçus d'un gouvernement ou d'un partenaire étranger aurait un effet néfaste sur les relations internationales du Canada et leur porterait préjudice.

L'importance de la règle des tiers a récemment été confirmée dans *Arar*. La Cour a déclaré ce qui suit :

(...) la règle des tiers est à mon avis essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi. Cela est d'autant plus vrai que les activités criminelles organisées ne se limitent pas au territoire géographique d'un pays donné et que l'histoire récente a clairement montré que la planification d'activités terroristes n'a pas nécessairement lieu dans le pays visé par l'attaque, réduisant ainsi les possibilités de détection. Par

67. *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3.

conséquent, des liens étroits avec les agences étrangères de renseignement et d'application de la loi, à quoi s'ajoutent une solide coopération et un échange de renseignements entre telles agences, sont essentiels pour leur bon fonctionnement partout dans le monde⁶⁸.

La Cour a également souligné que le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité, citant le passage suivant de l'arrêt de la Cour suprême dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 :

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel [...] Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements [...]⁶⁹.

La Cour a également reconnu que certaines agences présentent une importance plus grande pour le Canada et donc qu'il faut faire davantage pour protéger nos relations avec elles : « Par conséquent, il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants⁷⁰. »

Une violation de la règle des tiers pourrait être comparée au manquement à des obligations contractuelles :

68. Au paragraphe 77.
69. Au paragraphe 68.
70. Au paragraphe 80.

À mon avis, passer outre à la règle des tiers peut se comparer à un manquement à des obligations contractuelles. En droit des contrats, l'effet de la rupture d'un contrat n'est pas nécessairement évident au moment de la rupture. Cependant, après la rupture, de nombreux scénarios possibles peuvent se réaliser. Le premier est que la partie lésée par la rupture pourra introduire une procédure contre la partie à l'origine de la rupture pour obtenir réparation. Le deuxième est que la partie lésée par la rupture n'introduira aucune procédure judiciaire, mais considérera la partie à l'origine de la rupture comme quelqu'un à qui l'on ne peut se fier, ce qui risque de nuire à la relation à des degrés divers, qui sont en général connus seulement de la partie victime de la rupture. Le troisième est l'absence de toute action suite à la rupture. Cela pourra se produire pour diverses raisons, notamment le fait que le contrat est jugé sans importance, le fait que la partie victime de la rupture souhaitait que le contrat prenne fin, ou bien le fait que la partie victime de la rupture se montre compréhensive parce qu'elle aurait pris la même décision que la partie à l'origine de la rupture, etc. Selon moi, ces mêmes scénarios sont possibles en cas de manquement à la règle des tiers. Si le Canada devait enfreindre la règle des tiers, il pourrait en résulter un préjudice, en fonction des circonstances. Cependant, l'étendue du préjudice possible ne serait pas facile à mesurer car il est impossible de prédire l'avenir. Autrement dit, passer outre à la règle des tiers risquerait de causer un préjudice et de compromettre le flux de renseignements que reçoit le Canada. Cependant, dans de nombreux cas, seule la partie innocente connaîtra véritablement l'effet d'un manquement à cette règle⁷¹.

71. Au paragraphe 79.

Dans *A. Khadr*, la Cour fédérale a indiqué que toute violation de la règle des tiers pourrait menacer la circulation de renseignements et compromettre la sécurité nationale du Canada :

Les tribunaux ont reconnu à maintes reprises que le Canada est un importateur net de renseignements en matière de sécurité. La quantité de renseignements que nous recevons d'organismes étrangers est beaucoup plus grande que la quantité de renseignements que nous fournissons. Bien que le SCRS puisse mener des activités à l'étranger dans le but de recueillir des renseignements concernant des menaces à la sécurité du Canada, il n'est pas un organisme de renseignement étranger de la nature de ceux qui existent chez nos alliés et nos partenaires internationaux les plus proches. Le Canada est tributaire de la circulation constante des renseignements que ces derniers recueillent et communiquent. Aussi, toute violation de la confidentialité menace cette circulation de renseignements et pourrait compromettre la sécurité nationale du Canada. En outre, il existe depuis longtemps une présomption de confidentialité au regard des relations quotidiennes de nos diplomates et fonctionnaires avec leurs homologues étrangers, au Canada comme à l'étranger⁷².

Dans *Khawaja*, la Cour fédérale a déclaré que la règle des tiers est destinée à s'appliquer à l'échange de renseignements entre États et organismes de divers pays :

72. Au paragraphe 92.

[...] ce principe ne s'applique manifestement pas à la protection de sources potentielles lorsqu'aucun renseignement n'a été échangé, car cela échappe à son objet. Si, par exemple, le procureur général souhaite empêcher la divulgation de l'existence d'une relation, il doit invoquer d'autres moyens⁷³.

Il n'est pas loisible au PG de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de divulgation, sous une forme ou sous une autre, n'a pas été en fait présentée à la source étrangère⁷⁴. Dans *Arar*, le juge Noël a statué que l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans *Ruby c. Canada (Solliciteur General)*⁷⁵ reconnaissait que « les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement doivent prouver qu'ils ont pris les moyens raisonnables pour obtenir un consentement à la divulgation, ou prouver qu'une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée⁷⁶».

Toutefois dans *A. Khadr*, le PG a fait valoir qu'une telle demande officielle ne devrait pas être nécessaire pour que la Cour puisse statuer que le manquement à la règle des tiers est préjudiciable. La Cour a accepté la position du PG, mais a déclaré que l'absence d'une telle demande pourrait avoir un effet défavorable, en particulier lorsque les renseignements semblent anodins à première vue⁷⁷.

73. Au paragraphe 141. Voir aussi *Canada (Attorney General) c. Almalki et al.*, 2010 FC 1106, au paragraphe 132, où la Cour a statué que la règle des tiers s'applique au partage ou à l'échange de renseignements entre des services de police ou des organisations chargées du renseignement, en particulier entre ceux de différents pays.

74. Voir *Khawaja*, aux paragraphes 145 et 146.

75. [2000] 3 F.C. 589.

76. Au paragraphe 74.

77. Au paragraphe 93.

Dans *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*⁷⁸, la Cour fédérale a déclaré que dans cette affaire particulière, il n'était pas approprié de reconsidérer la décision du PG de ne pas demander le consentement d'un organisme étranger pour la communication de certains segments. La Cour a statué qu'il ne fallait pas tirer une conclusion défavorable et que des éléments de preuve montraient qu'une telle demande serait inutile.

Dans *Charkaoui (Re)*⁷⁹, la Cour fédérale était saisie d'une demande des avocats spéciaux d'ordonner aux ministres de contacter certaines agences étrangères et d'obtenir la permission de divulguer publiquement des renseignements obtenus à titre confidentiel en vertu de la règle des tiers. En concluant que les ministres ont l'obligation de démontrer qu'ils ont déployé tous les efforts raisonnables pour obtenir le consentement des agences étrangères, la juge Tremblay-Lamer a tenu compte notamment des facteurs suivants :

- 1) Le fait que les ministres ont déjà utilisé des informations en provenance de ces mêmes agences étrangères au soutien du rapport confidentiel de renseignement de sécurité;
- 2) Le fait qu'il existe des informations ou des renseignements en provenance d'agences étrangères qui sont connus publiquement depuis la publication du sommaire du rapport de renseignement;
- 3) Le fait qu'il est déjà connu que certaines agences étrangères sont impliquées dans le dossier;

78. 2009 CF 1317, au paragraphe 75.

79. 2009 CF 476, au paragraphe 28.

- 4) Le fait que certaines informations remontent à plusieurs années déjà et qu'il est peu probable que leur caractère secret et confidentiel représente toujours un intérêt particulier pour le pays d'origine.

Dans *Almalki*⁸⁰, le juge Mosley a souligné que la « règle des tiers » était également souvent appelée le [TRADUCTION] « principe du droit de regard ». Dans cette affaire, il a reconnu la proposition générale selon laquelle la divulgation de renseignements obtenus à titre confidentiel d'autres pays pouvait avoir un effet préjudiciable sur les relations diplomatiques et les accords de partage de renseignements entre ces pays. La Cour a toutefois indiqué que la règle des tiers n'était pas un principe de droit et n'était pas absolue. Comme la Cour l'a dit, [TRADUCTION] « [cette règle] ne peut pas être utilisée pour justifier de manière absolue l'immunité d'intérêt public. Son évaluation doit être examinée attentivement dans chaque cas et le risque réel de préjudice à l'intérêt national doit être établi⁸¹ ». De plus, la Cour a fait siens les commentaires formulés par le juge Noël dans *Arar* selon lesquels tous les pays et toutes les agences n'ont pas la même importance pour le Canada en matière de partage des renseignements. Comme elle l'a souligné, les conséquences d'un manquement à un accord conclu avec des alliés importants comme le Royaume-Uni ou les États-Unis seraient beaucoup plus graves que celles pouvant découler de la divulgation de renseignements par un pays ou une agence qui n'a pas des liens aussi étroits avec notre intérêt national :

Lorsqu'on se demande si la divulgation de renseignements causera un préjudice, il importe également de considérer la nature de la relation du Canada avec l'agence de renseignement ou l'agence d'application de la loi d'où proviennent les renseignements. Il est admis que certaines

80. Précité, note 48, au paragraphe 148.

81. *Ibid.*, au paragraphe 133.

agences présentent une importance plus grande pour le Canada et donc qu'il faut faire davantage pour protéger nos relations avec elles. Par conséquent, il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants.

Cela dit, la gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée à la faveur du troisième volet du critère de l'article 38.06, lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation⁸².

8.1.2.3. Effet de mosaïque

Dans *Henrie*, la Cour a indiqué que dans le contexte de l'appréciation de la question de savoir s'il y a préjudice à la sécurité nationale, il y a lieu de prendre en compte la notion [TRADUCTION] d'« observateur bien informé ». La notion [TRADUCTION] d'« observateur bien informé » est également souvent appelée l'« effet de mosaïque ». La Cour a décrit une telle personne comme suit :

Il importe de se rendre compte qu'un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de

82. *Ibid.*, au paragraphe 150.

sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l'observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des déductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. Il pourrait, par exemple, être en mesure de déterminer, en tout ou en partie, les éléments suivants : (1) la durée, l'envergure et le succès ou le peu de succès d'une enquête; (2) les techniques investigatrices du Service; (3) les systèmes typographiques et de téléimpression utilisés par le SCRS; (4) les méthodes internes de sécurité; (5) la nature et le contenu d'autres documents classifiés; (6) l'identité des membres du service ou d'autres personnes participant à une enquête⁸³.

Dans *Arar*, la Cour fédérale a déclaré qu'elle souscrivait à la position adoptée dans *Khawaja et A. Khadr* selon laquelle l'effet de mosaïque ne saurait en général, par lui-même, constituer une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait pouvoir être qualifié de renseignement anodin. Selon la Cour, le procureur général devra fournir d'autres preuves pour convaincre la Cour que la divulgation serait préjudiciable en raison de l'effet de mosaïque. La Cour a conclu qu'« [i]l doit y avoir un fondement ou une réalité à l'appui d'une telle allégation, compte tenu des éléments du dossier considéré⁸⁴ ».

83. Au paragraphe 30. Voir également Craig Forcese dans *National Security Law* (Toronto, Ont.: Irwin Law, 2008), aux p. 419 et 420, et *Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 119, 340 F.T.R. 179.

84. Au paragraphe 84.

Dans *Almalki*⁸⁵, le juge Mosley a affirmé, au sujet du principe de l'« effet de mosaïque », qu'il s'agissait de l'une de ces [TRADUCTION] « évidences » qu'il est difficile de prouver ou de réfuter. Selon lui, à part [TRADUCTION] « énoncer le principe, les témoins entendus en l'espèce et dans d'autres affaires ont généralement été incapables d'aider la Cour à résoudre cette question difficile⁸⁶ ». La Cour a aussi mentionné que l'effet de mosaïque pouvait parfois être contraire. Par exemple, [TRADUCTION] « les informations qui pourraient être claires et pertinentes si tout le contexte était divulgué peuvent devenir obscures et équivoques, et même induire en erreur, lorsqu'un élément du contexte est supprimé⁸⁷ ».

8.1.2.4. Enquêtes en cours et antérieures

Dans la décision *R. c. Chan*⁸⁸, le juge du procès a conclu qu'un privilège reconnu par la common law était conféré aux renseignements concernant les enquêtes en cours, les techniques d'enquête et la sécurité des personnes. Tel qu'il a été mentionné précédemment, dans la décision *Henrie*, la Cour fédérale a conclu que les renseignements qui identifient ou peuvent identifier les cibles passées ou présentes visées par des enquêtes, révéler l'intensité, l'envergure et le succès ou le peu de succès sont considérés comme portant préjudice à la sécurité nationale s'ils sont divulgués.

Dans la décision *A. Khadr*, le procureur général a soutenu qu'il n'existait pas de distinction entre les enquêtes en cours et les enquêtes antérieures et que les enquêtes antérieures pouvaient être également protégées en vertu de l'article 38 de la *LPC* :

85. Précité, note 48.

86. *Ibid.*, au paragraphe 118.

87. *Ibid.*, au paragraphe 119.

88. 2002 ABQB 287 (CanLII), 2002 ABQB 287, [2002] A.J. 363.

Le procureur général prétend qu'il arrive souvent que les enquêtes menées en matière de sécurité nationale n'entraînent pas le dépôt d'une accusation, une poursuite, un procès et une condamnation ou un acquittement. Les renseignements obtenus sont ajoutés aux renseignements recueillis relativement à des menaces connues ou présumées et peuvent être utiles dans le cadre d'autres enquêtes, connexes ou non. La question que la Cour doit trancher sous le régime de l'article 38.06 n'est pas celle de savoir si les renseignements ont trait à une enquête en cours ou à une enquête terminée, mais plutôt si la divulgation porterait préjudice aux intérêts protégés. L'âge des renseignements et leur valeur actuelle peuvent être pris en compte pour savoir si le préjudice est établi ou, si c'est le cas, s'il existe des raisons d'intérêt public favorisant la divulgation⁸⁹.

La Cour fédérale a souscrit à la position du procureur général selon laquelle la divulgation de renseignements relativement à des enquêtes antérieures pouvait porter préjudice à la sécurité nationale :

Je suis d'accord avec le procureur général sur ce point. J'ajouterais que je suis convaincu, après avoir pris connaissance de la preuve en l'espèce, qu'il ne peut pas y avoir de distinction nette entre les enquêtes antérieures et les enquêtes en cours. En outre, la divulgation du statut d'une enquête peut-être inactive menée par la GRC ou le SCRS que pourraient révéler les renseignements supprimés pourrait être préjudiciable aux intérêts protégés en matière de sécurité nationale⁹⁰.

89. Au paragraphe 84.

90. Au paragraphe 85.

8.1.2.5. Sources humaines

Le privilège relatif aux indicateurs de police protège l'identité d'une source humaine de sa divulgation à des tiers. Voici ce que déclare Robert Hubbard dans *The Law of Privilege in Canada*⁹¹ :

[TRADUCTION]

[...] garantir la protection de l'identité d'un indicateur de police assure que les indicateurs de police puissent fournir des renseignements aux policiers sans crainte de représailles de la part d'autres personnes. Le privilège relatif aux indicateurs de police encourage les gens à collaborer avec la police.

[...] Le privilège relatif aux indicateurs de police impose à la police, aux avocats du ministère public et aux juges l'obligation de préserver la confidentialité de l'identité des informateurs de police. Le privilège protégeant les indicateurs de police peut uniquement être violé lorsqu'un accusé montre que son innocence est en jeu et qu'il fait la preuve de la nécessité de divulguer les renseignements privilégiés pour établir son innocence. L'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé s'applique uniquement dans les instances pénales; l'exception ne s'applique pas dans les affaires civiles. En raison du très petit nombre de situations dans lesquelles le privilège relatif aux indicateurs de police peut être violé, le privilège protégeant les indicateurs de police est pratiquement absolu. Des indicateurs de police peuvent consentir à la renonciation de leur privilège, mais uniquement lorsqu'ils en connaissent

91. R.W. Hubbard, S. Magotinaux, S. Duncan, *The Law of Privilege in Canada*, Aurora, Canada Law Book, 2008, à la page 2-2.

les conséquences. Ni les tribunaux ni la police n'ont le pouvoir discrétionnaire de renoncer à la protection prévue par cette règle.

Le privilège relatif aux indicateurs de police a été bien établi par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Leipert*⁹², *Bisaillon c. Keable*⁹³, *Personne désignée c. Vancouver Sun*⁹⁴ et *R. c. Bast*⁹⁵.

Dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*⁹⁶, la Cour suprême du Canada a réitéré le principe selon lequel le droit d'une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n'est pas absolu. Plus précisément, dans le contexte de la sécurité nationale, la Cour suprême du Canada a déclaré que la nécessité de protéger la société peut dans certains cas exclure l'application du principe de la publicité des débats judiciaires. Le privilège relatif aux indicateurs de police appartient à cette catégorie :

La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l'étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d'une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l'art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. **Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des 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. C'est là une réalité de la société moderne.

92. [1997] 1 R.C.S. 281.

93. [1983] 2 R.C.S. 60.

94. [2007] 3 R.C.S. 252.

95. 2009 CSC 52.

96. [2007] 1 R.C.S. 350.

Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce⁹⁷.
(Non souligné dans l'original.)

Récemment, la question du privilège relatif aux sources humaines a été soulevée dans le contexte du litige concernant les certificats de sécurité. Dans l'affaire *Harkat*⁹⁸ concernant un certificat de sécurité, les avocats spéciaux ont sollicité une ordonnance de la Cour obligeant les ministres à présenter des sources humaines secrètes de renseignement pour les contre-interroger. Les ministres se sont opposés à la demande et ont soutenu que le privilège relatif aux indicateurs de police était absolu et qu'il s'appliquait également aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité. Le juge Noël de la Cour fédérale a statué que les sources humaines secrètes de renseignement sont des ressources essentielles d'une importance vitale pour le fonctionnement des services de renseignement ainsi que pour la sécurité nationale du Canada⁹⁹. La Cour a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police qui s'appliquait aux sources de la police s'appliquait également aux sources humaines du Service et a refusé la demande des avocats spéciaux. Il s'agit de la première décision qui reconnaît officiellement que le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique aussi dans le contexte du renseignement. Dans *R. c. N.Y.*¹⁰⁰, dans le contexte de la poursuite de la « bande des 18 de Toronto », la Cour supérieure de justice de l'Ontario s'est prononcée sur une requête présentée par la défense demandant le sursis des procédures aux motifs que N.Y. avait fait l'objet d'une provocation policière ou que prononcer une déclaration de culpabilité constituerait autrement un abus de procédure. Il est utile de souligner

97. *Ibid.*, au paragraphe 61.

98. *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, 306 D.L.R. (4th) 269, au paragraphe 61.

99. *Ibid.*, au paragraphe 24.

100. N° de dossier du tribunal YC-07-1587, le 24 mars 2009 - le juge Sproat – décision concernant l'article 110 de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents* interdisant la publication du nom ou de tout autre renseignement qui permettrait d'identifier l'adolescent.

cette affaire parce qu'elle concerne les actes d'une source humaine du SCRS à laquelle la GRC a eu accès. La Cour devait décider si la personne était un informateur ou un agent de l'État (un agent travaillant pour la police). Lorsqu'elle a examiné le statut de cette personne, la Cour a souscrit à la décision de la Cour fédérale dans *Harkat* qui a conclu que la relation entre le SCRS et une source secrète de renseignement était protégée par le privilège relatif aux indicateurs de police.

Enfin, dans *R. c. Ahmad et al.*¹⁰¹, dans le contexte de la poursuite de la « bande des 18 de Toronto », la Cour supérieure de justice de l'Ontario a aussi reconnu que la relation entre le SCRS et une source secrète de renseignement était protégée par le privilège relatif aux indicateurs de police.

Dans *Almalki*¹⁰², la Cour fédérale a aussi adopté le raisonnement élaboré par le juge Noël dans *Harkat*, qui reconnaissait l'existence d'un privilège protégeant les sources secrètes de renseignement. Le juge Mosley a cependant dit que le privilège ne s'appliquait pas dans tous les cas où des personnes fournissent des renseignements au SCRS. Le privilège vise à protéger contre la divulgation seulement les renseignements qui identifieraient ou pourraient identifier une source humaine. Le juge Mosley a critiqué la trop grande portée de l'approche adoptée par le SCRS qui fait en sorte que quiconque fournit des renseignements au Service est traité comme une source confidentielle :

[TRADUCTION] « Le Service a tendance à traiter presque toutes les personnes qui fournissent de l'information comme s'il s'agissait de

101. N° de dossier du tribunal CRIMJ(F)2025/07 – le 6 juillet 2009 - décision n° 16, privilège relatif à la sécurité nationale – publication interdite en vertu de l'article 648 du *Code criminel*.

102. Précité, note 48, au paragraphe 168.

sources confidentielles, qu'il existe ou non de véritables attentes en matière de confidentialité de la part de la source ou un risque qu'un préjudice soit causé à celle-ci, ou qu'il soit probable ou non que l'information ne soit pas divulguée faute de telles assurances. Il en est ainsi des employés des organismes d'application de la loi, des services publics et des sociétés commerciales qui fournissent des renseignements qui peuvent être du domaine public. Lorsqu'ils examinent des documents avant leur divulgation, les agents du Service caviardent systématiquement les noms de ces personnes et les renseignements permettant de les identifier. À mon avis, la portée de cette méthode est trop grande¹⁰³.

8.1.2.6. Divulcation par inadvertance

Dans *Arar*, la Cour a déclaré que les renseignements qui relèvent du domaine public ne peuvent pas être protégés de la divulgation. Il n'est plus nécessaire d'en demander la divulgation, compte tenu de leur divulgation antérieure.

Cette règle n'est toutefois pas absolue :

Maintes circonstances justifieraient la protection de renseignements qui relèvent du domaine public, par exemple les suivantes : une partie seulement des renseignements a été divulguée au public; les renseignements ne sont pas généralement connus ou accessibles; l'authenticité des renseignements n'est ni confirmée ni démentie; enfin, les renseignements ont été divulgués par inadvertance¹⁰⁴.

103. *Ibid.*, au paragraphe 169.

104. Au paragraphe 56.

Sur cette question, la Cour a cité en l'approuvant le passage suivant tiré de la décision *Khawaja* :

[...] la renonciation par inadvertance ne suffit pas à justifier la divulgation. Puisque, en ce qui concerne le critère, chaque cas est un cas d'espèce, l'approche la plus indiquée consiste à procéder selon la même évaluation en trois étapes, en tenant compte du fait qu'il y a eu divulgation par inadvertance des renseignements. La divulgation par inadvertance pourrait par exemple rendre plus difficile pour le gouvernement de prouver un préjudice à la seconde étape de l'évaluation. La divulgation par inadvertance peut aussi être considérée à l'étape du critère relative à la mise en balance des intérêts publics contradictoires, car elle pourrait avoir pour effet que la Cour envisagera la communication des renseignements sous réserve de conditions propres à dissiper les doutes restants concernant le préjudice ¹⁰⁵.

La Cour a conclu comme suit :

À mon avis, les circonstances de la « divulgation par inadvertance » sont capitales lorsqu'on se demande si des renseignements divulgués par inadvertance peuvent être protégés par la Cour. Comme l'expliquait le juge Mosley, c'est une décision qu'il faut prendre tout en gardant à l'esprit le critère en trois volets établi en application de l'article 38.06 de la *LPC*¹⁰⁶.

105. Au paragraphe 57.

106. *Ibid.*

Dans *A. Khadr*, la Cour a réitéré que la divulgation par inadvertance ne constituait pas nécessairement une renonciation. Il y aura renonciation s'il est démontré que le titulaire du privilège connaissait l'existence de celui-ci et a manifesté son intention d'y renoncer. La Cour a également fait des observations sur la réalité du processus selon l'article 38 à l'occasion duquel, malgré les meilleurs efforts des parties, il est possible que des renseignements soient divulgués par inadvertance :

[...] Les deux affaires montrent que l'article 38 pose des difficultés systémiques lorsqu'une grande quantité de documents sont divulgués et que l'intérêt public exige qu'ils soient examinés de manière approfondie. Seul un petit nombre de personnes peuvent faire ce travail. En dépit des efforts faits pour qu'il en soit autrement, des erreurs seront commises et des renseignements retirés d'un document pourraient être divulgués dans un autre¹⁰⁷.

Dans *Sellathurai c. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*¹⁰⁸, le ministre demandait à la Cour fédérale d'ordonner le retour d'un document qui avait été communiqué par inadvertance à l'avocate de M. Sellathurai. En ordonnant le retour du document en question, la juge Snider a statué que [TRADUCTION] « la protection de la sécurité nationale et la sécurité de ses services de renseignements revêtent un intérêt important pour l'État. La divulgation de renseignements confidentiels par inadvertance touche directement ce que l'État a intérêt à protéger¹⁰⁹ ». Reconnaisant l'importance de l'intérêt de l'État et de la société au regard de la sécurité nationale, elle a conclu :

107. Au paragraphe 116.

108. 2010 FC 1082. Cette décision était toutefois en appel en novembre 2010.

109. *Ibid.*, au paragraphe 14.

[TRADUCTION] On peut élargir naturellement ces principes à l'intérêt qu'a l'État à demander le retour de documents qui ont été communiqués par inadvertance, dans le but de rétablir la protection de renseignements concernant la sécurité nationale. Il serait illogique d'empêcher le rappel de documents communiqués par inadvertance simplement parce que ces documents ont été communiqués, si le fait que les renseignements se trouvent en la possession d'un lecteur informé porterait préjudice à la sécurité nationale. Par conséquent, les principes devraient s'appliquer aux documents qui sont à juste titre protégés par le privilège fondé sur la sécurité nationale, sans égard à la question de savoir s'ils ont été divulgués par inadvertance ou s'ils sont visés par une ordonnance de non-divulgence¹¹⁰.

En ce qui concerne la question de savoir si la divulgation par inadvertance du document pouvait être considérée comme une renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale, la Cour a statué que [TRADUCTION] « l'importance que revêt la protection de la sécurité nationale ne disparaît pas lorsqu'une erreur entraîne la divulgation de l'information par inadvertance. Il est dans l'intérêt du public de faire en sorte que les renseignements concernant la sécurité [nationale] demeurent confidentiels et que, si une erreur est commise "par inadvertance", il existe des façons de rétablir cette confidentialité¹¹¹ ».

Dans *Almalki*¹¹², les défendeurs soutenaient que l'interdiction de divulgation prévue par l'article 38.02 de la *LPC* ne pouvait pas s'appliquer à un document qui avait été communiqué par inadvertance avant que l'avis visé au paragraphe 38.01(3) de la

110. *Ibid.*, au paragraphe 16.

111. *Ibid.*, au paragraphe 42.

112. 2010 FC 1106.

LPC ne soit donné. Selon les défendeurs, cette disposition ne prévoyait pas qu'un avis doive être donné relativement à des renseignements ayant été divulgués, mais seulement qu'un avis doive être donné relativement à des renseignements qui « peuvent être divulgués¹¹³ ». Le juge Mosley a rejeté cette prétention et a statué :

[TRADUCTION] Le régime législatif prévoit une procédure d'avis afin d'empêcher la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, que ces renseignements aient déjà été divulgués ou non. Il appartient à la Cour de déterminer si la divulgation survenue dans le passé porte atteinte à l'allégation de préjudice ou, si elle est convaincue qu'un préjudice sera causé, si des raisons d'intérêt public justifient en définitive que les renseignements soient divulgués à nouveau¹¹⁴.

8.1.3. Critère de la pondération des raisons d'intérêt public

À l'étape finale du critère établi dans l'arrêt *Ribic*, le juge chargé de l'examen doit dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Cette étape n'est entreprise que s'il est établi qu'il existe un préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur. Bien que l'article 38 de la *LPC* ne précise pas le critère à appliquer, dans *Ribic*, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il était nécessaire d'appliquer un critère plus rigoureux que la règle habituelle de la pertinence des renseignements. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, si les tribunaux devaient entériner le principe de divulgation

113. *Ibid.*, au paragraphe 106.

114. *Ibid.*

générale fondé sur la seule pertinence des renseignements, cela ne pourrait « qu'entraîner et encourager des enquêtes à l'aveuglette ». L'article 37 de la *LPC* prévoit ce même critère de pondération des raisons d'intérêt public.

En soupesant les intérêts publics rivaux, le tribunal examinera plusieurs facteurs différents. Ces facteurs peuvent varier d'une affaire à une autre. Dans le contexte criminel, la question de savoir si les renseignements en cause établiront vraisemblablement un fait essentiel pour la défense est un facteur important dont il faut tenir compte dans le processus de la pondération des intérêts. Il ne s'agit toutefois que l'un de nombreux facteurs qui peuvent être pris en compte.

Dans la décision *Khawaja*, la Cour fédérale a statué que l'approche au cas par cas était en effet l'approche indiquée lors de l'application du critère de pondération des intérêts :

Compte tenu de tout ce qui précède, je souscris à l'approche adoptée par le juge Blanchard dans la décision *Ribic*, et par le juge Lemieux dans la décision *Kempo*. Dire que chaque cas est un cas d'espèce est l'approche la plus indiquée au sens du paragraphe 38.06(2) lorsqu'on entreprend de mettre en balance les facteurs pertinents, et la Cour est libre de considérer les facteurs qu'elle juge à propos dans ces circonstances, notamment ceux qu'a indiqués la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Hijos*, au paragraphe 16, précité, où est repris le paragraphe 26 de la décision *Khan*¹¹⁵.

115. Au paragraphe 93.

L'approche fondée sur le cas d'espèce a également été adoptée dans *Arar*. Récemment, dans *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*¹¹⁶, la Cour suprême du Canada s'est intéressée au test relatif au privilège du secret des sources des journalistes. Le juge LeBel a statué qu'il faut, lorsqu'on applique les quatre volets du test de Wigmore pour déterminer si ce privilège doit être reconnu dans un cas donné, mettre en balance : « 1) l'importance de la divulgation pour l'administration de la justice et 2) l'intérêt public à préserver la confidentialité de la source du journaliste. Cet exercice de mise en balance s'effectuera en fonction du contexte, compte tenu de la demande de divulgation particulière en cause¹¹⁷ ». La Cour a également statué que, lorsque le privilège est invoqué dans le contexte d'une instance civile, il faut tenir compte notamment des facteurs suivants : « le caractère essentiel de la question dans le cadre du litige, l'étape de l'instance, ensuite si le journaliste est partie à l'instance et, ce qui est le plus important peut-être, si les renseignements peuvent être obtenus par un autre moyen. Je le répète, cette liste n'est pas exhaustive¹¹⁸. » Bien que cet arrêt ne porte pas spécifiquement sur la *LPC*, il est important car la Cour reconnaît l'importance d'effectuer la mise en balance « en fonction du contexte ».

La jurisprudence concernant l'article 38 a dressé la liste suivante des facteurs qui doivent être pris en compte pour soupeser les intérêts publics rivaux en matière de divulgation et de non-divulgation :

- a) la nature de l'intérêt public que l'on tente de protéger par le secret;
- b) la question de savoir si « un fait crucial pour la défense sera probablement ainsi établi » ou si, en matière civile, lorsque la liberté et la sécurité d'une

116. 2010 CSC 41.

117. *Ibid.*, au paragraphe 65.

118. *Ibid.*, au paragraphe 66.

personne ne sont pas en cause, les renseignements demandés établiraient un fait essentiel pour la partie qui les demande;

- c) la gravité de l'accusation ou des questions concernées;
- d) l'admissibilité des documents et leur utilité;
- e) la question de savoir si les [parties qui demandent la divulgation] ont établi qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements;
- f) la question de savoir si les demandes de divulgation de renseignements visent la communication de certains documents ou constituent des interrogatoires à l'aveuglette;
- g) l'étendue du préjudice;
- h) la pertinence des renseignements caviardés pour la procédure dans laquelle ils seraient utilisés, ou les objectifs de l'organisme qui recherche la divulgation des renseignements;
- i) le point de savoir si les renseignements caviardés sont déjà connus du public et, dans l'affirmative, la manière dont les renseignements sont tombés dans le domaine public;
- j) l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires;
- k) l'importance des renseignements caviardés dans le contexte de la procédure d'origine et la nécessité que les tribunaux de première instance disposent du plus grand accès possible à tous les documents pertinents;
- l) le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple les droits de la personne, le droit de présenter une défense pleine et entière dans le contexte criminel, etc., notamment la question de savoir si le Canada a violé les droits que la *Charte* garantit au demandeur ou à l'accusé et s'il est dans l'intérêt public que le gouvernement soit tenu responsable des actes et des omissions qui sont reprochés à ses fonctionnaires;

- m) le poids relatif accordé aux raisons d'intérêt public justifiant le maintien de l'accès aux tribunaux afin d'obtenir réparation pour un délit civil et le risque qu'un préjudice soit causé actuellement et dans l'avenir aux intérêts nationaux du Canada si la divulgation de renseignements préjudiciables est ordonnée, tout en reconnaissant que le droit d'obtenir une réparation convenable et juste en cas de violation de la *Charte* fait partie du cadre constitutionnel du Canada;
- n) l'effet sur les relations internationales du Canada du fait que les tribunaux sanctionnent la non-divulgation d'éléments de preuve relatifs à une violation de la Convention contre la torture, notamment la preuve de la participation à la torture ou de la complicité à cet égard;
- o) le fait que le Canada a besoin d'échanger des renseignements avec des pays qui ne partagent pas nos traditions juridiques concernant l'aide consulaire ou autres pour protéger ses citoyens ou promouvoir son intérêt général;
- p) le point de savoir si les renseignements caviardés se rapportent aux recommandations d'une commission et, dans l'affirmative, si les renseignements sont importants pour une bonne compréhension desdites recommandations;
- q) la prise en compte de l'intérêt public comporte l'examen du fait que la sécurité des troupes canadiennes et des civils en Afghanistan repose en partie sur la coopération des autres gouvernements dans la région et celle d'autres membres des forces de sécurité internationale qui y sont déployées. Dans ce contexte, la divulgation des renseignements en cause peut avoir des répercussions beaucoup plus graves si elle devait entraîner le retrait ou la diminution de cette coopération.

Dans *Canada (Procureur général) c. Kempo*¹¹⁹, la Cour fédérale a formulé les observations suivantes sur la manière de soupeser les facteurs :

Au moment d'entamer l'analyse, le texte légal ne penche ni dans un sens, ni dans l'autre; en d'autres termes, la loi ne donne pas la préférence aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgence au détriment de celles qui justifient la divulgation. C'est en appliquant ces facteurs que la balance penche d'un côté ou de l'autre.

8.2. Ordonnances possibles concernant la divulgation

L'article 38 modifié a ajouté plusieurs options de divulgation dont peut se prévaloir le juge de la Cour fédérale. Si le juge conclut que la divulgation est justifiée dans l'intérêt public, il peut, après avoir examiné la forme et les conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice, autoriser la divulgation :

- de tous les renseignements,
- d'une partie des renseignements,
- d'un résumé des renseignements,
- d'un aveu écrit des faits qui sont liés aux renseignements,

sous réserve des conditions qu'il estime indiquées¹²⁰.

Si le juge conclut que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgence l'emportent sur les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation, il confirme l'interdiction de non-divulgence¹²¹.

119. 2004 CF 1678, (2004) 294 F.T.R. 1 (C.F.), au paragraphe 108.

120. Paragraphe 30.06(2).

121. Paragraphe 38.06(3)

8.3. Ordonnances sollicitant la présentation des renseignements divulgués à titre d'éléments de preuve dans une instance criminelle

À certains moments, la divulgation des renseignements, d'une partie des renseignements ou d'un résumé sera insuffisante pour répondre aux besoins de la partie qui la sollicite. Les portions de renseignements dont la Cour a interdit la divulgation peuvent concerner la source des renseignements, la fiabilité des renseignements ou la continuité du document, tous des éléments qui peuvent avoir une incidence sur l'admissibilité en preuve des renseignements dans le cadre de l'instance. En effet, il est possible que la Cour fédérale décide qu'autoriser le témoignage de vive voix d'un témoin serait en soi préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales (comme cela s'est produit dans *R. c. Ribic*).

Le paragraphe 38.06(4) règle en partie cette question. Il prévoit qu'une personne peut demander à un juge de la Cour fédérale de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou de telles conditions sont conformes à l'ordonnance de divulgation.

Avant de rendre une telle ordonnance, le juge de la Cour fédérale doit tout d'abord examiner tous les facteurs pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve dans l'autre instance¹²². La nature et le type de l'ordonnance reposent sur les faits. De plus, l'ordonnance vise exclusivement l'admissibilité des renseignements; elle ne concerne pas directement la question du poids à accorder à la preuve. Cette dernière question relève de la personne qui préside l'instance.

122. Paragraphe 38.06(5).

9. Importance du rôle de la personne qui préside l'instance

Le processus prévu par l'article 38 de la *LPC* reconnaît expressément le rôle central de la personne qui préside l'instance.

Tel qu'il a déjà été mentionné, la personne qui préside l'instance a le rôle de veiller à ce que les renseignements sensibles ou les renseignements potentiellement préjudiciables ne soient pas divulgués au cours de l'instance qu'elle préside, une fois que la question a été portée à son attention¹²³.

La personne qui préside l'instance statue, dans le contexte de l'instance dont elle est saisie, la question de savoir si les renseignements sont pertinents au point de nécessiter leur divulgation au cours de l'instance ou si un témoin est contraignable.

Il est expressément prévu que la personne qui préside l'instance peut présenter un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile au juge de la Cour fédérale¹²⁴. Ce rapport doit être présenté au juge dans les 10 jours après avoir été avisé de la présentation d'une demande en Cour fédérale. Cette communication entre la personne qui préside l'instance et la Cour ne repose pas sur une demande des parties à l'instance, elle est prévue par la loi.

Enfin, le processus prévu par l'article 38 de la *LPC* réaffirme expressément la compétence de la personne qui préside une instance criminelle¹²⁵ pour prononcer

123. Paragraphes 38.01(2) et (4).

124. Article 38.05.

125. Sont incluses les juges qui président les procédures préalables au procès, tels que les autorisations en vertu de la partie VI du *Code de criminel*, la délivrance de mandats, ainsi que les enquêtes préliminaires.

une ordonnance, qui n'est pas l'ordonnance de divulgation elle-même, que le juge estime indiquée dans les circonstances pour protéger le droit à un procès équitable de l'accusé¹²⁶. Le paragraphe 38.14(2) contient une liste non exhaustive des ordonnances possibles, à savoir :

- a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;
- b) ordonner l'arrêt des procédures;
- c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

10. Appels

Contrairement au régime antérieur applicable à l'article 38, l'article 38.09 crée maintenant le droit d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale¹²⁷. L'appel doit être déposé dans les dix jours suivant la date de l'ordonnance¹²⁸. Par la suite, l'autorisation d'interjeter appel d'un jugement de la Cour d'appel fédérale doit être demandée à la Cour suprême du Canada dans les dix jours du jugement¹²⁹.

11. Certificat du procureur général du Canada

Le PG du Canada peut délivrer un certificat qui interdit la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance¹³⁰. Le certificat doit être délivré personnellement. Il est délivré dans le but d'interdire la divulgation de

126. Paragraphe 38.14(1).

127. Paragraphe 38.09(1). Un examen automatique est prévu si une partie dont les intérêts sont touchés de façon défavorable n'a pas eu l'occasion de présenter des observations en vertu de l'alinéa 38.04(5)d).

128. Paragraphe 38.09(2)

129. Article 38.1.

130. Paragraphe 38.13(1).

renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus par le gouvernement du Canada à titre confidentiel d'une entité étrangère ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. Avant qu'un certificat puisse être délivré, une ordonnance ou une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat doit avoir été prise au titre de la présente loi ou de tout autre loi fédérale.

Une fois que le PG délivre un certificat, la divulgation des renseignements est interdite selon les termes du certificat, nonobstant toute autre disposition de la *LPC*¹³¹.

Dès que le certificat est délivré, il est publié dans la Gazette du Canada¹³².

Le certificat peut faire l'objet d'une révision restreinte, effectuée par un juge de la Cour d'appel fédérale, pour déterminer si les renseignements visent des renseignements obtenus par le gouvernement du Canada à titre confidentiel d'une entité étrangère ou qui concernent la défense ou la sécurité nationales¹³³. La révision donnera lieu à la confirmation, à la modification ou à l'annulation du certificat¹³⁴. La décision n'est pas susceptible d'appel ni de révision judiciaire¹³⁵.

12. Fiat du PG

Il peut devenir nécessaire que le PG du Canada prenne en charge toute poursuite qui n'a pas été engagée pour son compte si des renseignements sensibles ou des

131. Paragraphe 38.13(5).

132. Paragraphe 38.13(7).

133. Paragraphe 38.131(1).

134. Paragraphes 38.131(8), (9) et (10).

135. Paragraphe 38.131(11).

renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre de la poursuite¹³⁶. Pour ce faire, le procureur général peut délivrer un fiat.

Annexe A – Liste de contrôle à l'intention des avocats

La liste qui suit contient une série de questions et de commentaires visant à aider les avocats à déterminer si l'article 38 s'applique et à quel moment et, si oui, cette liste présente d'autres questions à examiner. Elle n'est pas destinée à remplacer la consultation en temps opportun du Groupe sur la sécurité nationale, des institutions intéressées du gouvernement du Canada et des avocats appartenant à leur contentieux.

Identifier les dossiers qui peuvent contenir des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables

L'affaire à l'égard de laquelle on demande mon assistance, soit à titre de conseiller juridique auprès d'un organisme gouvernemental soit à titre de plaideur, concerne-t-elle, directement ou indirectement, des intérêts en matière de sécurité nationale, de défense nationale ou de relations internationales?

En droit criminel, parmi les infractions qui viseraient de telles questions, mentionnons les suivantes :

- Les infractions de terrorisme telles que définies à l'article 2¹³⁷ du *Code criminel*, notamment, une des nouvelles infractions créées dans la

136. Article 38.15.

137. « infraction de terrorisme »

a) Infraction visée à l'un des articles 83.02 à 83.04 et 83.18 à 83.23 ;

partie II.1 du *Code criminel* (à l'exception de l'infraction de non-communication prévue par l'article 83.12), un acte criminel commis en rapport avec un groupe terroriste ou qui est une activité terroriste, et les formes inchoatives de ces infractions, telles que les complots ou les tentatives en vue de commettre une telle infraction.

- Les infractions liées à l'explosion d'engins explosifs dans des endroits publics (article 431.2 du *Code criminel*).
- Les infractions liées aux personnes jouissant d'une protection internationale (articles 424 et 431 du *Code criminel*).
- Les infractions contre un membre du personnel des Nations Unies ou du personnel associé (y compris les articles 424.1 et 431.1 du *Code criminel*).
- Les infractions contraires à la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24.
- Les infractions liées au passage de clandestins contenues dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.
- Les infractions liées aux passeports et aux certificats de citoyenneté, c'est-à-dire les articles 57 et 58 du *Code criminel*.
- Les infractions contenues dans la *Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. O-5, telle que modifiée par L.C. 2001, ch. 41.
- L'infraction de communiquer des informations à partir desquelles l'identité d'une personne qui fournit des renseignements à titre confidentiel au SCRS peut être établie (article 18 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.C. 1985, ch. 21).

-
- b)* acte criminel — visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale — commis au profit ou sous la direction d'un groupe terroriste, ou en association avec lui;
- c)* acte criminel visé par la présente loi ou par une autre loi fédérale et dont l'élément matériel — acte ou omission — constitue également une activité terroriste;
- d)* complot ou tentative en vue de commettre l'infraction visée à l'un des alinéas *a)* à *c)* ou, relativement à une telle infraction, complicité après le fait ou encouragement à la perpétration.

- Les infractions contraires à la *Loi sur les Nations Unies*, L.R.C. 1985, ch. U-3 et les règlements (y compris le *Règlement d'application des résolutions des Nations unies sur Al-Qaïda et le Taliban*, DORS/99-444, et le *Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur la lutte contre le terrorisme*, DORS/2001-360.

Le dossier contient-il :

- Des renseignements ou des documents obtenus de tiers, c'est-à-dire d'autres ministères ou organismes gouvernementaux, corps de police ou partenaires internationaux?
- Des renseignements ou des documents classifiés?
- Des renseignements ou des documents, peu importe la cote de sécurité, concernant :
 - le SCRS, le CST, la Section du renseignement pour la sécurité nationale de la GRC ou tout autre organisme énuméré dans l'annexe de la *Loi sur la protection de l'information*;
 - des renvois à des fonctions liées au renseignement;
 - des opérations ou des méthodes des Forces canadiennes;
 - des mesures de sécurité relatives aux installations fédérales ou à des infrastructures essentielles nationales;
 - des procédures confidentielles et des procédures concernant la sécurité frontalière, l'intégrité des documents ou la sécurité en matière de transport;
 - les relations du Canada avec d'autres pays ;
 - les communications du Canada avec d'autres pays;

- des opinions internes du gouvernement canadien à propos d'autres pays;
- des stratégies et du Canada pour traiter avec d'autres pays?
- Le nom de témoins éventuels employés par le SCRS, le CST, la Section du renseignement pour la sécurité nationale de la GRC ou tout autre organisme énuméré dans l'annexe de la *Loi sur la protection de l'information*?

Si le dossier contient des renseignements concernant l'un ou l'autre des sujets mentionnés ci-dessus, les avocats devraient faire ce qui suit :

- déterminer le ministère ou l'organisme gouvernemental canadien qui a produit les renseignements ou le document, ou dans le cas où les renseignements ou le document proviennent d'une entité à l'extérieur du gouvernement du Canada, l'institution gouvernementale canadienne qui les a tout d'abord reçus;
- en consultation avec le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné, déterminer si les renseignements ont été tirés directement ou indirectement de renseignements fournis par une autre entité ou auxquels une autre entité a donné accès à l'institution gouvernementale;
- discuter avec le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné de la question de savoir si les renseignements peuvent être divulgués, en tout ou en partie, dans le contexte de l'instance à laquelle ils se rapportent. Veillez à ce que la personne avec laquelle vous transigez ait les connaissances et le pouvoir nécessaires afin d'autoriser la divulgation.
- Les avocats devraient éviter de formuler des hypothèses quant à la question de savoir si les renseignements peuvent être divulgués. Il s'agit

d'un domaine particulier d'expertise. Il est essentiel de tenir des consultations avec le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné pour éviter la possibilité d'erreurs. Cette mise en garde est particulièrement importante à l'égard de renseignements ou de documents que le gouvernement du Canada reçoit à titre confidentiel de sources extérieures au gouvernement.

- Comme dans tous les cas, les avocats devraient veiller à ce que les renseignements soient traités conformément à la Politique sur la sécurité du gouvernement :
 - les documents qui contiennent des renseignements classifiés ne peuvent pas être envoyés par les systèmes de courriel internes du ministère de la Justice;
 - les communications par téléphone et télécopieur qui divulguent de tels renseignements doivent être faites par le système téléphonique et de télécopieur protégé pour les communications classifiées;
 - les documents classifiés doivent être protégés de façon adéquate au bureau régional;
 - Les avocats devraient consulter le bureau de sécurité de leur bureau régional pour connaître les moyens de communication protégés et les mesures de sécurité pour l'entreposage.

An Introduction to
Section 38 of the *Canada Evidence Act*

National Security Group
June 2011

Table of Contents

1. Introduction
2. Overview of s. 38
3. Difference between s. 37 and s.38 of the *Canada Evidence Act*
4. Role of the National Security Group
5. Requirements of section 38
 - 5.1. Defining “potentially injurious information” and “sensitive information”
 - 5.2. Defining “proceeding”
 - 5.3. What constitutes “disclosure?”
 - 5.4. Notice to the Attorney General of Canada
 - 5.4.1. Notice from whom?
 - 5.4.2. Who is a participant?
 - 5.4.3. When to notify
 - 5.4.3.1. Notice in anticipation of disclosure
 - 5.4.3.2. Notice when disclosure is imminent
 - 5.4.4. Discretionary notice by an official
 - 5.4.5. Who is an official?
 - 5.4.6. When to notify
 - 5.4.6.1. Notice in anticipation of disclosure
 - 5.4.6.2. Notice when disclosure is imminent
 - 5.4.7. Exceptions to the Notice obligation
 - 5.5. Who is the Attorney General of Canada for purposes of the Notice?
 - 5.6. What must the Notice contain?
 - 5.7. Effect of the Notice

- 5.7.1. Notice in anticipation of disclosure
- 5.7.2. Notice when disclosure is imminent
- 5.7.3. Other protected information
- 6. Decision of the Attorney General of Canada
- 7. Seizing the Federal Court of a disclosure application
- 8. The substantive hearing to determine whether the information should be disclosed
 - 8.1. The test
 - 8.1.1. Relevance
 - 8.1.2. Injury to international relations, national defence or national security
 - 8.1.2.1. General principles
 - 8.1.2.2. Third party rule
 - 8.1.2.3. Mosaic effect
 - 8.1.2.4. On-going and past investigations
 - 8.1.2.5. Human sources
 - 8.1.2.6. Inadvertent disclosure
 - 8.1.3. Balancing of interests test
 - 8.2. Possible orders regarding disclosure
 - 8.3. Orders for the introduction of the information as evidence in the criminal proceeding
- 9. The significant role of the person presiding at a proceeding
- 10. Appeals
- 11. The Attorney General of Canada's Certificate
- 12. Attorney General's Fiat

Appendix A: Checklist for Counsel

AN INTRODUCTION TO SECTION 38 OF THE CANADA EVIDENCE ACT: Protecting Confidential Information

1. Introduction

The Supreme Court of Canada has observed that "all government must maintain some degree of security and confidentiality in order to function".¹ The national interest in the proper handling of confidential information can be most acute in cases involving information relating to international relations, national defence or national security.²

The importance of protecting information the disclosure of which could harm international relations, national defence or national security has been long recognized by Parliament and by Canadian courts. This was re-affirmed by the Supreme Court of Canada in respect of the specialized proceedings contemplated by the *Privacy Act* regarding sensitive information:

The purpose of the exemption contained in s. 19(1)(a) and (b) (of the *Privacy Act*) is to prevent an inadvertent disclosure of information obtained in confidence from foreign governments or institutions. This provision is directly aimed at the state's interest in preserving Canada's present supply of intelligence information received from foreign sources. Section 21 is aimed at Canada's national security interests. The appellant acknowledges that the

-
1. *R. v. Thomson*, [1992] 1 S.C.R. 385.
 2. See *Minister of Employment and Immigration v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711 regarding the need for confidentiality in national security cases.

state's legitimate interest in protection of information which, if released, would significantly injure national security is a pressing and substantial concern. This Court recognized the interest of the state in protecting national security and the need for confidentiality in national security matters in *Chiarelli, supra*, at p. 745.

The mandatory *ex parte* in camera provision is designed to avoid the perception by Canada's allies and intelligence sources that an inadvertent disclosure of information might occur, which would in turn jeopardize the level of access to information that foreign sources would be willing to provide...³

On December 24, 2001, the former section 38 of the *Canada Evidence Act* (the *CEA*) was repealed and replaced with new sections 38.01 through 38.16 (hereafter referred to as "section 38 *CEA*").⁴ The new provisions continue to emphasize balancing the competing public interests in disclosure and non-disclosure and have extended the range of options regarding the disposition of the information. The significance of protecting the national interest continues to be at the forefront of the legislative framework. The new procedures are intended to facilitate the proper and timely handling of confidential information relating to international relations, national defence or national security by ensuring that effective notice is provided to the AG of Canada who is responsible for assessing whether its disclosure would be harmful.

This document describes the process set out in s.38 of the *CEA* for the protection of information as well as the roles and responsibilities of various players in the process,

3. *Ruby v. Canada*, (2002) 4 S.C.R. 3, at paragraphs 43, 44.

4. *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.

such as the National Security Group, the Attorney General of Canada and the Federal Court of Canada.

2. Overview of s. 38 of the *Canada Evidence Act*

Section 38 of the *CEA* creates a process intended to deal with the protection of information the disclosure of which in the course of proceedings could injure international relations, national defence or national security. The information at issue is referred to as “sensitive information” and “potentially injurious information”.

In summary, players involved in proceedings in which there is the possibility that information of this type may be disclosed must notify the AG of Canada. This notice will permit the AG of Canada to make a determination as to authorise the disclosure of the information or not, after balancing the public interest in disclosing the information against the public interest in non-disclosure.

Judicial recourse is available, through the Federal Court of Canada.

3. The difference between s. 37 and s.38 of the *Canada Evidence Act*

Both s.37 and s.38 of the *CEA* deal with the protection of information. Section 37 sets out procedures to follow when objections are to disclosure of certain information on the basis of “specified public interest” whereby s.38 sets out the procedures to follow when the disclosure of information would injure international relations, national defence or national security. In other words, when the objection to disclosure on the basis of “specified public interest” relates to international relations, national defence or national security, s.38 takes precedence over s.37.

The underlying proceeding will assist in determining when to invoke s.38 as opposed to s.37. As a general rule, if the underlying proceedings relate to a national security or a national defence matter (for instance, criminal prosecution of a terrorism related offence, civil litigation involving a National Defence contract), s.38 takes precedence over s.37.

4. Role of the National Security Group (NSG)

The National Security Group, Criminal Litigation Division, Litigation Branch, at Department of Justice headquarters, is the key group within the Department regarding s.38 of the *CEA*. In respect of the *Canada Evidence Act*, the National Security Group's mandate includes:

1. Responding to general inquiries concerning the provisions of s.38 and providing advice and guidance on its requirements and application, including providing advice on the necessity of notices and their timing;
2. Receiving all notices under the *CEA* on behalf of the AG of Canada⁵;
3. Acting as the central office that coordinates the government's response in case of possible disclosure of sensitive or potentially injurious information. This function includes: determining which government departments and agencies are concerned with the information; consulting with these departments and agencies on the issue of harm and the public interest in disclosure / non-disclosure;

5. Pursuant to section 38.01.

4. Determining what information about the *CEA* proceedings (e.g. the fact that notice has been given to the Attorney General, or the fact that an application has been made to the Federal Court or an appeal or a review of its order has been instituted) should be disclosed, to whom and on what conditions, if any;
5. Making recommendations to the Assistant Deputy Attorney General (Litigation) on whether information in respect of which Notice has been received should be authorized to be disclosed and if so, on what conditions, if any;
6. Communicating the decision of the Assistant Deputy Attorney General (Litigation) to the notice provider;
7. Providing instruction to the civil litigator representing the AG of Canada before the Federal Court in relation to applications brought under s.38 of the *CEA* and any appeal there from;

5. Requirements of s. 38 of the *CEA*

In general terms, s.38 is triggered when “potentially injurious information” or “sensitive information” is to be “disclosed” in connection with or in the course of a “proceeding”.

5.1. Defining “potentially injurious information” and “sensitive information”

Both “potentially injurious information” and “sensitive information” are defined in s.38. It is important to point out that while the definitions are deliberately broad, the actual information that may be protected from disclosure once the process provided for is completed must come within a narrower threshold.

‘Potentially injurious information’ is defined as:

information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

The definition contains the following elements:

- The disclosure of the information may cause a harm
- The alleged harm must relate to Canada (national defence, national security or international relations)
- The information may relate to any topic. The focus is on the potential for harm from the public disclosure of the information, rather than upon any particular subject matter
- The information need not be in the possession of the Government of Canada nor generated by the Government of Canada
- The information need not be contained in a document e.g. it could include information known to a potential witness
- The authenticity of the information need not be assessed by the person considering providing notice to the AG

“Sensitive information” is defined as:

information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

The information must:

- Be of a nature, in the context of or otherwise connected to, international relations or national defence or national security
- Be (or was, in the case of information taken from the Government of Canada) in the possession of the Government of Canada
- Originate from any source, whether inside or outside Canada.
- Be of a type that the Government of Canada is taking means to protect

Sensitive information does not require proof of harm in order to come within the definition.

Importantly, sensitive information must be in and of itself information related to a listed interest. This is not true of potentially injurious information which can be any kind of information as long as its public disclosure could injure one of the three listed interests.

In practical terms, sensitive or potentially injurious information includes information that reveals or tends to reveal:

- the identity of a confidential source of information
- targets of investigation
- technical sources of information
- methods of operation / investigative techniques
- the identity of covert employees
- telecommunications and cipher systems (cryptology)
- confidential relationship with a foreign government / agency
- confidential diplomatic exchanges
- internal mail containing derogatory language about foreign organizations
- criticisms of a foreign government
- diplomatic efforts
- information disclosing the strategies and objectives of the Canadian government in foreign affairs matters
- consular information referring to a specific target of a national security investigation
- characteristics, capabilities, performance, potential deployment, and functions or roles of Canadian forces
- military operations and policies relating to the conduct of military operations
- intelligence operations, organizations and sources
- military equipment and telecommunications systems
- relationships with allies and foreign states/agencies

While the security classification of a document may be an indication that the information it contains is one that the Government of Canada is taking measures to safeguard and/or that its disclosure could harm national defence, national security or international relations, in and of itself it is not determinative of these issues. The

classification therefore does not conclusively answer whether the information falls within one of the definitions, let alone that the information should be protected.

It is also important to note that disclosure of information will not necessarily remove the information from the category of “sensitive information” or “potentially injurious information”. For example, the appearance of the information in the media may have been inadvertent or even illegal, and commenting on its veracity by the Government may itself result in a possible injury.

The Government of Canada, through the Government Security Policy⁶, has provided guidance in relation to what information categories are to be safeguarded. Statutes also provide guidance, for example, the *Privacy Act*, the *Access to Information Act* and the *Security of Information Act*.

In all events, it is advisable to contact the National Security Group at headquarters.

5.2. Defining “proceeding”

Section 38 is only implicated if the possibility of disclosure of potentially injurious or sensitive information arises in the context of a “proceeding”.

A proceeding is defined in section 38 as:

a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

6. Issued by Treasury Board.

The proceeding may be a criminal one (including pre-trial proceedings such as applications for search warrants and sealing/unsealing orders), or a civil or administrative proceeding. This latter category is very broad and would include proceedings such as public inquiries as well as hearings before administrative tribunals. The only common element is that the presiding entities have the power to compel information. It is important to note that it is irrelevant to the definition whether the presiding entity has actually ordered the production of the information i.e. notice is not contemplated only where such an order will have been made but rather may be given in anticipation of such an order.

5.3. What constitutes “disclosure”?

Disclosure is not defined in s.38. Regardless, in keeping with the legislative intent, disclosure should be broadly understood and is not limited to disclosure to the public at large.

For example, disclosure to counsel for the accused in a criminal prosecution and disclosure to the other parties in a civil case are considered disclosure for purposes of s. 38. In other words, disclosure to one person is considered disclosure for purposes of s. 38 and would require a notice to the AG of Canada. In some instances, a government institution which produced the information may authorise its limited disclosure to one person, with conditions⁷. Such a controlled disclosure does not necessarily eliminate the need to provide notice. Lastly, accidental disclosure of sensitive or potentially injurious information does not necessarily mean that the information has been disclosed for purposes of the *CEA*.

7. Paragraph 38.01(6)(c).

What is considered disclosed for purposes of the notice provision under the *CEA* is fact driven. Consultation with the National security Group is strongly encouraged in all cases.

5.4. Notice to the Attorney General of Canada

Section 38 creates the obligation for a participant to notify the AG when there is a possibility that sensitive information or potentially injurious information is to be disclosed in connection with or in the course of a proceeding.

5.4.1. Notice from whom?

The obligation to notify the AG rests with the “participant”.

5.4.2. Who is a “participant”?

A participant is defined in s. 38 *CEA* as

a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of information.

A participant is not defined in terms of a relationship with the government or the information. It is meant to identify any person who may be involved with the potential disclosure of the information in connection with, or in the course of the proceeding. Examples of participants include:

- A party to the proceeding who has a disclosure obligation (a person who is required to disclose, such as Crown counsel)
- A witness in a proceeding who is ordered to answer a question that would disclose information while testifying in a proceeding (a person who is required to disclose)
- A party to the proceeding who expects to tender into evidence information (a person who expects to disclose)
- A witness in a proceeding who expects to be asked to disclose information while testifying in a proceeding (a person who expects to disclose)
- A witness in a proceeding who wishes to testify to or otherwise disclose information either at or before testifying in a proceeding (a person who expects to disclose)
- A party to a proceeding who expects to seek the disclosure of information from another party, or a witness while testifying in a proceeding (a person who expects to cause the disclosure)

5.4.3. When to notify

The obligation to notify the AG arises in two scenarios:

- in anticipation of disclosure⁸
- when disclosure is imminent⁹

8. Subsection 38.01(1).

5.4.3.1. Notice in anticipation of disclosure

The obligation to notify the AG arises in anticipation of disclosure, before the actual hearing takes place or written procedures are filed. Thus, when, in connection with a proceeding, a participant:

- is required to disclose (includes situations where there is a statutory obligation to disclose information or when an order to disclose has been issued),
- expects to disclose (includes where a person is in possession of information and expects to disclose it, either verbally (when testifying) or in writing (in pleadings), though there is no obligation to do so), or
- expects to cause to disclose (including when one expects to cause the disclosure by way of issuing a subpoena or subpoena *duces tecum*¹⁰)

information that the participant believes to be sensitive information or potentially injurious information, the participant MUST notify ASAP the AG¹¹. Since the “participant” is the person who is required to disclose, expects to disclose or cause the disclosure of information, the participant should be aware of the nature of the information and therefore has no discretion; notice must be provided.

The purpose in providing notice in anticipation of disclosure is to provide the AG Canada time to resolve the issue prior to the actual proceeding, thereby minimising the delays.

9. Subsection 38.01(2).
10. A judicial process commanding a person to appear in court and bring some piece of evidence or other thing to be produced to the court.
11. Subsection 30.01(1).

It is recommended that participants consult the National Security Group when considering whether and when to notify the AG of Canada under the Act. The possibility of disclosure will not always lead to a Notice to the AG of Canada. If the participant is of the view that the sensitive or potentially injurious information is not properly the subject of a disclosure obligation, e.g., it is not relevant or is subject to some other form of privilege, then Notice to the Attorney General may not be required. If the potential disclosure is hypothetical, i.e., it relates to a possible line of questioning that may or may not arise, or to the testimony of a witness whose subpoena will be challenged, then notice may not be required. Also, notice may not be required when the obligation to disclose could be met by providing an edited version of a document or a summary of the information.

5.4.3.2. Notice when disclosure is imminent

Though the scheme was developed to deal with the disclosure of sensitive or potentially injurious information prior to the proceeding, in some cases, it may not be possible to foresee that the disclosure of information will be at issue. Therefore, when a participant believes that sensitive information or potentially injurious information *is about to be disclosed*, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding, the participant must raise the matter with the person presiding at the proceeding. The participant also has the obligation to notify the AG of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has already been given in anticipation of the proceeding.¹²

In *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*,¹³ the Ottawa Citizen had filed an application in provincial court to terminate or vary a sealing order made in

^{12.} Subsection 38.01(2).
¹³ 2004 FC 1052, 255 F.T.R. 173, 122 C.R.R. (2d) 359.

respect of seven search warrants. The information in the seven search warrants also contained sensitive or potentially injurious information as defined by s. 38 of the CEA (for which notice to the AGC had been received). While the application to terminate or vary the sealing order was still under consideration, the Ottawa Citizen brought an application before the Federal Court for an order authorizing the disclosure of the same information. On the issue of the timing of the s.38 application, Justice Lutfy held that it would be incongruous for the Federal Court to continue a proceeding to authorize the disclosure of information when that same information was under seal in the Ontario Court of Justice. Specifically, the Court found that:

... the secret information was not “about to be disclosed” (“sur le point d’être divulgués”) within the meaning of subsection 38.01(2) or (4) until Justice Dorval had reached a conclusion concerning the application to terminate or vary her sealing order. If she had dismissed the application to terminate or vary her sealing order, no information would have been “about to be disclosed”. It would have been preferable for counsel, in my respectful analysis, to alert the Ontario Court of Justice to the possibility of a section 38 issue and to continue with the subsection 487.3(4) proceeding until such time as Justice Dorval indicated, if that were her decision, that she was prepared to terminate or vary her sealing order.

[...]

The parties’ recourse to section 38 prior to allowing Justice Dorval to proceed with her analysis under section 487.3 was premature. The notification under section 38.01, the Attorney General of Canada’s

authorization or notification under subsection 38.03(1) or (3) respectively and any application to this Court under section 38.04 could have followed the decision of Justice Dorval. Proceeding in this fashion would have been consistent with the process in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 839.

5.4.4. Discretionary notice by an official

An official has the discretion under s.38.01 of the CEA to notify the AG of Canada when there is a possibility that sensitive or potentially injurious information is to be disclosed in connection with or in the course of a proceeding.

5.4.5. Who is an official?

An official is not a participant in the proceeding. An official is defined in s.36.1 of the CEA as having the same meaning as in section 118 of the *Criminal Code*, namely,

a person who

- (a) holds an office, or
- (b) is appointed to discharge a public duty;

“Office” is defined in s. 118 as including

- (a) an office or appointment under the government,
- (b) a civil or military commission, and
- (c) a position or an employment in a public department.

Finally, "government" means

- (a) the Government of Canada,
- (b) the government of a province, or
- (c) Her Majesty in right of Canada or a province””

These definitions would therefore capture Department of Justice counsel to investigative agencies as well as officials of provincial governments.

5.4.6. When to notify

The official may give notice to the AG in two scenarios:

- in anticipation of disclosure¹⁴
- when disclosure is imminent¹⁵

5.4.6.1. Notice in anticipation of disclosure

When, in connection with a proceeding, an official believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed, the official, other than the participant, MAY notify the AG of the possibility of disclosure¹⁶. This will arise in cases where the official is not a participant to the proceeding but becomes aware, through the exercise of his functions, of a proceeding where sensitive information or potentially injurious information may be disclosed.

14. Subsection 38.01(3).

15. Subsection 38.01(4).

16. Subsection 38.01(3).

5.4.6.2. Notice when disclosure is imminent

An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding, the official may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he must notify the AG of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has already been given prior to the proceeding¹⁷.

In practical terms, this would most likely arise when a witness is being questioned in the course of a proceeding. The person would object to answering the question for the reasons explained above.

5.4.7. Exceptions to the notice obligation

There are a number of exceptions to the Notice requirements.¹⁸

A notice to the AG is NOT required when

- the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to the proceeding;
- the information is disclosed to enable the AG of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under s.38, sections 38.01 to 38.13, 38.15 and 38.16. This exception permits the AG of Canada to

17. Subsection 38.01(4).

18. Subsection 38.01(6).

disclose the information to other agencies in order to assess whether he should authorise disclosure or not;

- disclosure of the information is authorized by the government institution in or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or
- the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule to the CEA.
- if the relevant government institution(s) has indicated that Notice to the Attorney General is not required to prevent the disclosure. This will ordinarily occur when the relevant institution either authorizes the disclosure or the potential disclosure is hypothetical or not yet crystallized (e.g., a determination of relevance for purposes of a disclosure obligation is yet to be made).¹⁹

5.5. Who is the Attorney General of Canada for purposes of the Notice?

Notice required by subs.38.01(1) to (4) shall be sent to:

The National Security Group
Criminal Litigation Division
Litigation Branch
284 Wellington Street
Ottawa, Ontario
K1A 0H8

19. Subs.38.01(7)

5.6. What must the Notice contain?

The Notice should be in writing and contain the following elements:

- notice to the AG of Canada of the possibility of the disclosure
- the status of the notifier (participant or official), and his coordinates (name, address, phone number)
- the nature, date and place of the proceeding in which the disclosure may occur²⁰
- a brief procedural history and synopsis of the case in which the potential disclosure arises
- an assessment of the relevance of the information
- a description of the information that is intended to be covered by the notice and, if possible, the information itself (paper copies, diskette)
- a brief description of the possible injury that disclosure could cause

This will assist the National Security Group in developing a recommendation to the AG of Canada. Regulations under the CEA on the notice requirement are being drafted and will be published in the Canada Gazette when approved.

5.7. Effect of the Notice

In short, the notice prohibits the disclosure of the sensitive or potentially injurious information covered by the notice, as well as the disclosure of information related to the process under the CEA.

20. Subsections 38.01(1) to (4).

5.7.1. Notice in anticipation of Disclosure

As soon as the notice is sent to the AG of Canada, disclosure of the information covered by the notice can only be done in accordance with the provisions of the CEA.²¹

5.7.2. Notice when Disclosure is Imminent

As soon as the notice is given to the AG of Canada and the person presiding the proceeding, both the participants and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with the CEA.²²

5.7.3. Other protected information

In addition to the sensitive information and the potentially injurious information, upon the sending of the notice to the AG of Canada, the Act also prohibits the disclosure of the following information:²³

- the fact that notice is given to the AG of Canada under any of subsection 38.01(1) to (4), or to the AG of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);
- the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsection 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

21. Paragraph 38.02(1)(a).

22. Subsections 38.01(2) & (4), paragraph 38.02(1)(a).

23. Paragraphs 38.02(1)(b) to (d).

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

UNLESS

- the AG authorises the disclosure in writing.²⁴

In other words, the CEA also prohibits the disclosure of information concerning the CEA processes relating to the notice to the AG and to the Federal Court (trial and appellate division). Therefore, a participant or an official who has given Notice, including a Crown counsel acting in a prosecution on behalf of the AG of Canada, may not disclose the information or facts relating to the CEA procedures to anyone, including other participants or the presiding entity, unless authorized to do so by the AG of Canada.

6. Decision of the Attorney General of Canada

The AG of Canada has ten (10) days after the day on which notice is first received to notify in writing every person who provided notice of his decision with respect to disclosure of the information²⁵.

The AG may²⁶:

- authorise disclosure of all or part of the potentially injurious or sensitive information, with or without conditions;
- authorise the disclosure of all or part of the information relating to the related processes, with or without conditions.

24. Paragraph 38.02(2)(a).

25. Subsection 38.03(3).

26. Subsection 38.03(1).

The conditions could include conditions relating to use of the information, the manner in which disclosure is made (orally, in a document, in an *in camera* proceeding), to whom disclosure is made, and in relation to further disclosure (handling of documents or copies of documents by participants, court registries, etc.).

The AG of Canada, through the National Security Group, will consult the relevant departments and agencies prior to making a decision.

If the AG of Canada has not authorised the disclosure of all of the information without conditions within 10 days of receipt of the Notice, the prohibition against disclosure remains in force until the Federal Court makes a ruling on the matter.

The test applied by the Attorney General to determine whether to authorise disclosure or not is the same as the statutory test used by the Federal Court. (See section 8 below).

In summary, the AG Canada does not prohibit the disclosure of information, but rather he authorises it. Disclosure of sensitive information and potentially injurious information, as well as information relating to the process, is prohibited as a matter of the application of the Act as soon as notice is given to the AG Canada and/or raised with the person presiding at the proceeding.

7. Seizing the Federal Court of a disclosure application

If the AG of Canada has:

- 1) not authorized the disclosure of all of the information in respect of which Notice was given;
- 2) has authorized its disclosure subject to conditions; or
- 3) has not provided notice of a decision as provided for by s. 38.03(3), then the Federal Court may be seized of the matter.²⁷

An application to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given **must** be made:

- by the Attorney General, when a witness provides the Notice²⁸
- by a person who has an obligation to disclose the information (other than a witness), when that person gives the Notice²⁹

An application to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given **may** be made:

- by the AG of Canada at any time and in any circumstances³⁰
- by a person, when that person, who is not required to disclose, wishes to disclose the information – or cause someone else to disclose it.³¹

27. Section 38.04.
28. Paragraph 38.04(2)(a).
29. Paragraph 38.04(2)(b).
30. Subsection 38.04(1).
31. Paragraph 38.04(2)(c).

In all these instances, the Department of Justice civil litigation counsel represents the Attorney General.

In all instances, the AG of Canada must receive notice of an application to the Federal Court.³² The AG of Canada has the right to make representations to the Federal Court on the application concerning the identity of parties or witnesses whose interests may be affected by the prohibition of disclosure or the conditions to which the disclosure is subject and who should be given notice of the application. The purpose of the application is to seize the Federal Court of the matter so that the Court may determine if a hearing is required and who should receive notice of the hearing and in what form and content. The AG of Canada is the vehicle for providing the Notice of Hearing to whomever the Federal Court directs, regardless of who seized the Federal Court of the matter.³³

On January 15, 2009, the Ontario Superior Court of Justice ruled that the scheme for determining privilege claims made on the basis of international relations, national security and national defence contained in ss. 38 to 38.16 of the *CEA* was unconstitutional and of no force and effect because it vests exclusive jurisdiction in the Federal Court to determine such questions in respect of criminal trial proceedings in the Ontario Superior Court of Justice. Such claims must be heard and determined by the Ontario Superior Court of Justice. The Court also held that the provisions deprive the provincial superior trial court of the ability to apply the Constitution.³⁴ This decision was appealed to the Supreme Court of Canada and argued in March 2010.

32. Subsection 38.04(3).

33. Subparagraph 38.04(5)(c)(ii).

34. *R. v. Ahmad et al.*, at paragraphs 111, 148, 158.

In *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)* [*Abou-Elmaati*],³⁵ the plaintiffs brought a constitutional challenge to the exclusive nature of the conferral of jurisdiction on the Federal Court to determine objections on information protected under s.38 of the *CEA* as well as a motion to obtain unredacted disclosure of certain documents or categories of documents. The Superior Court dismissed the motion for production on the basis that during the interlocutory stages of a civil proceeding, the Superior Court did not have jurisdiction to rule on the validity of a Crown privilege claim on the grounds of national security as that jurisdiction rests exclusively with the Federal Court. However, the Court declared that in a civil proceeding where a party's substantive rights under the *Constitution Act*, including the *Charter of Rights and Freedoms*, are being asserted by claim or by defence, the judge presiding at the trial or hearing does have the jurisdiction to rule on the Federal Government's claim of Crown privilege on the grounds of national security. The Court found that while s.38 of the *CEA* did not constitutionally interfere with interlocutory proceedings in Superior Court, it did potentially interfere with the core jurisdiction of Superior Court trial judges. This decision was appealed to the Ontario Court of Appeal in June 2010.

8. The substantive hearing to determine whether the information should be disclosed

8.1. The test

In considering whether disclosure should be ordered, the judge must determine if the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security.³⁶ If he concludes that the disclosure would be injurious,

35. *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055.

36. Subsection 38.06(1).

the judge must consider whether or not the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The courts have recognized that there are clear exceptions to the “open court principle” and national security privilege is one such exception.³⁷

The Federal Court of Appeal in *R. v. Ribic* [*Ribic*]³⁸ has set out some basic principles regarding the balancing test to be applied. It is important to note, in the context of the test elaborated by the Court, that this case involved a criminal accused arguing for disclosure.

- The first step is to determine whether the information to be disclosed is relevant or not to the case. If the information is not relevant, there is no need to go further. This step generally involves an examination of the information. The onus is on the party seeking disclosure to establish relevancy.
- Where the judge is satisfied that the information is relevant, a determination must be made on injury to a named interest. The judge must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis established by evidence. The judge is not to substitute his opinion for that of the executive, and the submissions of the Attorney General (who assumes a protective role *vis-à-vis* the safety and security of the public—because of his access to special information and expertise)—should be given considerable weight. If the assessment of the Attorney General is reasonable, it should be accepted.

37. *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 1082 at paragraph 44.

38. [2005] 1 F.C.R. 33, 2003 F.C.A. 246.

- An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.
- Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge then determines whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The party seeking disclosure of the information bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour.
- Balancing the competing interests at stake requires the application of a more stringent test than the usual relevancy rule.
- While not conclusively determining the matter, the Court held that in the criminal context, the balancing test to be applied is likely that of “innocence at stake”—at least in respect of matters affecting national security or national defence.
- Before authorizing disclosure, the judge must ensure that the form of and conditions to disclosure are most likely to limit any injury.

The three-part test developed in *Ribic, supra*, has been applied repeatedly by the Federal Court: see *Canada (Attorney General) v. Mohammad Momin Khawaja [Khawaja]*,³⁹ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the*

³⁹ *Canada (Attorney General) v. Mohammad Momin Khawaja*, 2007 F.C. 490, [2008] 1 F.C.R. 547.

Actions of Canadian Officials in relation to Maher Arar [Arar]⁴⁰ and *Abdullah Khadr v. Canada (Attorney General)* [A. Khadr]⁴¹ and *Omar Khadr v. Canada (Attorney General)* [O. Khadr]⁴². In *Arar*, Noël, J. noted the importance of contextualizing the test to the particularities of the individual application, namely, in that instance, a public inquiry. Also of note is the fact that a section 38.04 application is not a judicial review, it is one in which the judge is required to make an initial determination as to whether or not the statutory ban ought to be confirmed or not.⁴³

As mentioned above, the *Ribic* three-part test can be summarized as follows: (a) relevance; (b) identification of injury; and (c) balancing of public interests. The following further describes the three branches of the test.

8.1.1. Relevance

The court in *Ribic* stated that the first step is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the rule set out in *R. v. Stinchcombe*,⁴⁴ that is to say whether the information at issue may reasonably be useful to the defence.⁴⁵ This is a low threshold. The person seeking disclosure has the onus of demonstrating that the information at issue is, in all likelihood, relevant. This principle was confirmed in *Arar*.

⁴⁰ *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in relation to Maher Arar)*, 2007 F.C. 766, [2008] 3 F.C.R. 248.

⁴¹ *A. Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 F.C. 549.

⁴² *O. Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 F.C. 807.

⁴³ *Ribic*, *supra*, note 38.

⁴⁴ [1991] 3 S.C.R. 326.

⁴⁵ *Supra*, note 38 at paragraph 17. See also *Khawaja* at paragraph 62.

8.1.2. Injury to international relations, national defence or national security

The second step of the test is the determination of whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security. In *Ribic*, the Court stated that “[t]he burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis”,⁴⁶ likely the Attorney General of Canada (AG). In *Khawaja*, the court stated that this step of the test is assessed on a reasonableness standard – if the assessment of the AG is reasonable, the judge should accept it. It is not the role of the judge to second guess or substitute his or her opinion for that of the executive. This was also highlighted by the Federal Court of Appeal in *Ribic* which held that the Attorney General’s submissions regarding “his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1)..., whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury.” This is based on the Attorney General’s protective role vis-à-vis the security and safety of the public.

It was also stated in *Arar* that the courts should accord deference to a decision of the executive as to what is injurious, as the executive is considered to have a greater knowledge and expertise in such matters than the courts. However, in order to find that an injury will result, the Court must be satisfied that the executive opinion as to injury has a factual basis established by evidence. The CEA requires a showing of probability of injury instead of a mere possibility. The Government must satisfy the

⁴⁶ At paragraph 20.

reviewing judge that the “injury alleged is probable, and not simply a possibility or merely speculative”.⁴⁷

In *Canada (Attorney General) v. Almalki et al. [Almalki]*⁴⁸ the respondents argued that deference to the Attorney General's assessment of injury should be reduced or limited since the actual assessment of injury was delegated to officials in the Department of Justice and other departments. According to the respondents, these determinations of injury are accepted at face value by Department of Justice officials who act on behalf of the Attorney General. As such, since the Attorney General has abdicated his responsibility to assess whether the disclosure would cause injury, little or no deference is owed to the decisions made in his name.⁴⁹ In considering this argument, Justice Mosley found that the fact that the assessment of the injury was not being done personally by the Attorney General, but by departmental officials, had no bearing on the issue of deference. A Minister of the Crown is not expected to perfect all of his duties personally. According to Justice Mosley:

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

⁴⁷ At paragraph 46.

⁴⁸ *Canada (Attorney General) v. Almalki et al.*, 2010 FC 1106.

⁴⁹ *Ibid.* at paragraph 98.

or not. They have to rely on the officials who do this work on a day to day basis, and who gain an appreciation for what will or will not result in the flow of valuable intelligence from foreign partners being cut off, or is otherwise problematic from a security or international relations perspectives.⁵⁰

In *A. Khadr*, the Court held that the mere assertion of injury on the part of the Government was not sufficient to conclude to an injury. The Government needs to establish, on a reasonable standard and through evidence, a factual basis for the injury. In order for there to be injury, there must be some detriment, damage or loss.⁵¹

In *Almalki*,⁵² Justice Mosley considered whether there was incompatibility between a review conducted by government officials on the basis that disclosure “could” result in injury and the test applied by the Court under s.38.06(1) of the *CEA* that disclosure “would” be injurious. The Court recognized that officials must:

employ the “could injure” standard because that is what is used in the definition of “potentially injurious information” in section 38 for which they are authorized to give notice under subsection 38.01(1).⁵³

While the Court found no incompatibility, it held that this would inevitably result in an overbroad assessment of the risk until the decision was reviewed by the Court.

⁵⁰ *Ibid.* at paragraph 103.

⁵¹ *Arar*, at paragraph 51.

⁵² *Almalki*, *supra*, note 48.

⁵³ *Ibid.* at paragraph 110.

8.1.2.1. General principles

The Federal Court, in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*,⁵⁴ indicated that information identifying or that could tend to identify human or technical sources of information, past or present subjects of investigation, techniques and methods of operation, reveal the intensity, scope or the degree of success or lack of success of an investigation, or the nature and content of classified information would be viewed as being injurious to national security if disclosed. The Court also indicated that, in the context of assessing whether an injury to national security occurs, the concept of the "informed reader" should be taken into account.

In *Arar*, the Federal Court stated that it will not prohibit disclosure of information if the Government's sole or primordial purpose for seeking the prohibition is to shield itself from criticism or embarrassment.⁵⁵

In *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*,⁵⁶ the Supreme Court of Canada recognized the interest of the State in protecting national security and the need for confidentiality in national security matters.

National Security

⁵⁴ *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229, (1988) 53 D.L.R. (4th) 568, affirmed (1992) 88 D.L.R. (4th) 575.

⁵⁵ *Arar*, at paragraph 58.

⁵⁶ *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711. See also *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3 at paragraph 43.

In *Arar*, the Court defined national security as meaning “the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada”.⁵⁷

National Defence

In *Arar*, the Federal Court defined the term “national defence”:

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

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

In my view given the purpose of section 38, namely to prevent the release of information that could be injurious, the *Black’s Law Dictionary’s* broad definition of what constitutes national defence is appropriate.⁵⁸

The importance of the national defence interest was recognized in *Canada (Attorney General) v. Ribic*⁵⁹ as well as in *A. Khadr v. Canada (Attorney General)*.⁶⁰ In *Ribic*, the Federal Court identified areas of injury to international relations, national defence, or national security caused by disclosure of sensitive information. The Court listed injuries whereby disclosure would undermine trust amongst allies (NATO allies in particular), compromise Canada’s role in NATO, limit allies’ reliance on

⁵⁷ At paragraph 68.

⁵⁸ At paragraph 62.

⁵⁹ 2003 FCT 43.

⁶⁰ 2008 FC 549.

Canada's ability to protect shared intelligence in the future, breach reciprocal agreements with allies; compromise NATO's and Canada's ability to conduct future operations by disclosing operational methods, and, injure the conduct of and diminish trust and confidence among like-minded allies. In identifying these areas of injury, the Federal Court did not specifically differentiate between injury to international relations, national defence or national security. While all injuries were grouped under the general heading "Injury to National Interest", it is clear that most of the information at issue related to national defence, specifically as it relates to the "characteristics, capabilities, performance, potential deployment, functions or roles of defence establishments of military forces, units or personnel in the Bosnian theatre in 1995."⁶¹

In *A. Khadr*, the Federal Court held that the public interest included consideration of the fact that "the security of Canada's troops and civilians in Afghanistan is in part dependent upon the cooperation of other governments in the region and that of the other members of the international security force deployed there. In that context, disclosure of the information at issue may have a much more serious impact if it were to result in a withdrawal or diminution of that cooperation."⁶²

International relations

In *Arar*, the Federal Court also provided some concept to the meaning of "international relations", as Canadian jurisprudence does not define this term. The Court considered the definition in *Black's Law Dictionary*, and concluded:

⁶¹ *Supra*, note 38 at paragraph 15.

⁶² *Supra*, note 41 at paragraph 104.

"...Given this definition and the purpose of section 38 of the CEA, 'information injurious to international relations' refers to information that if disclosed would be injurious to Canada's relationship with foreign nations."⁶³

In *Ribic*, the Federal Court of Appeal recognized that a prejudice to international relations could be of such a "nature and magnitude as to compromise national security or defence."⁶⁴ This principle was reiterated in *Khawaja*.

In *Singh v. Canada (Attorney General)*⁶⁵, the Federal Court made the following statement:

...Canada's international relations, in particular relations with our allies, rely on the exchange of information for common benefit. There is a public interest in maintaining the confidence of foreign governments so that Canada's agencies, particularly those concerned with security, will continue to receive timely information from others that may be relevant to Canada's interests. Confidential information, by definition, is information that is passed along in confidence that it will not be disclosed without the permission of the provider or the source. If Canada does not enjoy the confidence of its allies, our international relations and security may well suffer. The public has a very high level interest in maintaining that confidence.

In *A. Khadr*, Mr. Khadr sought to have access to information in the possession of the Canadian government to assist in his defence against an extradition request. The Attorney General argued that disclosure of the information sought to be protected

⁶³ At paragraph 61.

⁶⁴ At paragraph 27.

⁶⁵ 186 F.T.R. 1 (F.C.) at paragraph 25.

would harm Canada's national security and international relations by breaching the confidentiality of information sharing relations with third parties:

On behalf of DFAIT, it is submitted that confidentiality is fundamental to the collecting and sharing of information between states. International convention and practice requires that diplomatic communications are conducted in confidence unless there is an express agreement to the contrary. The release of the names of confidential sources and information provided by foreign officials with the expectation that the information would remain confidential would have a severe impact on Canada's ability to pursue its foreign-policy objectives and its reputation with other governments including key allies. Failure to protect such information in relation to consular cases could have an adverse effect on Canada's ability to provide consular assistance to detained individuals. Efforts to promote human rights, democracy and good governance would be compromised if candid assessments of Canadian officials about the situation in foreign states were released. Contacts in those states who engage in frank discussions with Canadian officials would be put at risk if their identities were disclosed.⁶⁶

The Federal Court accepted that overall, the Attorney General had satisfied his burden of establishing that disclosure of the relevant information would cause injury to Canada's national security and international relations. However, the Court found that the AG had not met his onus of establishing that disclosure of information regarding the fact that a bounty may have been used to capture Mr. Khadr would cause injury to Canada's national security or international relations. Therefore, the

⁶⁶ At paragraph 71.

Court authorized disclosure of that information without conditions. Admittedly, the Court found that disclosure was warranted since: (1) more than three years had passed since the information was received by Canadian officials; (2) the general practice of using bounties was now in the public domain; (3) no human sources would be at risk if the information was disclosed; (4) the circumstances in Pakistan had changed since the events took place. Nonetheless, the case recognizes the importance of the "international relations" interest.

8.1.2.2. Third party rule

As indicated in the Supreme Court of Canada decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*,⁶⁷ information received from third parties, including foreign intelligence services, is usually provided with the understanding that further disclosure will not take place unless the originator agrees to it. The disclosure of such information would have a negative impact on the ability of Canada to conduct investigations against activities constituting a threat to the security of Canada and would, therefore, be injurious to national security. In addition, any unauthorized disclosure of information received in confidence from a foreign government or partner would adversely affect and be injurious to Canada's international relations.

The importance of the third party rule was recently affirmed in *Arar*. The Court stated:

(...) in my view the third party rule is of essence to guarantee the proper functioning of modern police and intelligence agencies. This is particularly true given that organized criminal activities are not restricted to the geographic territory of a particular nation and that recent history

⁶⁷ *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3.

has clearly demonstrated that the planning of terrorist activities is not necessarily done in the country where the attack is targeted so as to diminish the possibility of detection. Consequently, the need for relationships with foreign intelligence and policing agencies, as well as robust cooperation and exchanges of information between these agencies, is essential to the proper functioning of policing and intelligence agencies worldwide.⁶⁸

The Court also noted that Canada is a net importer of security information, citing the following passage from the Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350:

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective... The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality. ...⁶⁹

The Court also recognized that certain agencies are of greater importance to Canada and thus more must be done to protect our relationship with them: "Consequently, care must be taken when considering whether to circumvent the third party rule in what concerns information obtained from our most important allies."⁷⁰

⁶⁸ At paragraph 77.

⁶⁹ At paragraph 78.

⁷⁰ At paragraph 80.

A breach of the third party rule could be compared to a breach of a contractual obligation:

In my view breaching the third-party rule can be compared to the breach of one's contractual obligations. In contract law, the effect of a breach of a contract is not necessarily clear at the moment of the breach. However, after a breach occurs numerous possible scenarios may come true. The first being that the innocent party may begin proceedings against the breaching party for damages. The second being that the innocent party takes no outright action; however they view the breaching party as unreliable and untrustworthy which may affect the relationship to varying degrees, the extent of which are generally only known to the innocent party. The third being that nothing occurs. This could happen for various reasons, among them that the contract is viewed as unimportant, the innocent party wished the contract to come to an end, the innocent party is empathetic as they would have taken the same action as the breaching party, etc. In my view these same scenarios are possible where a breach of the third-party rule occurs. If Canada were to breach the third-party rule, depending on the particular circumstances, injury could occur. However, the extent of the harm which may follow would not be easy to assess as it is impossible to predict the future. In other words, a breach of the third-party rule may cause harm and may affect the flow of information to Canada. However, in many cases, only the non breaching party will fully know the effect of a breach to this rule.⁷¹

⁷¹ At paragraph 79.

In *A. Khadr*, the Federal Court noted that any violation of the third party rule could put at risk the flow of information and jeopardize Canada's national security:

As has been recognized repeatedly in the jurisprudence, Canada is a net importer of security intelligence information. The proportion we receive from foreign agencies far exceeds that which we provide in return. While CSIS may operate abroad in the interests of collecting information about threats to the security of Canada, it is not a foreign intelligence agency of the nature of those maintained by our closest allies and international partners. Canada depends upon the continued flow of the information they collect and share. Thus, any violation of the confidential relationship puts that flow of information at risk and could jeopardize Canada's national security. There is also a long-standing presumption of confidentiality in the day to day working relationships of our diplomats and officials with their foreign counterparts abroad and at home.⁷²

In *Khawaja*, the Federal Court stated that the third party rule is meant to apply to the exchange of information between foreign states and agencies:

This principle clearly does not apply to protecting potential sources where no information has been exchanged, as this is outside the scope of its purpose. If for example the Attorney General wishes to keep from disclosing the existence of a relationship, other grounds must be asserted.⁷³

⁷² At paragraph 92.

⁷³ At paragraph 141. See also *Canada (Attorney General) v. Almalki et al.*, 2010 FC1106 at paragraph 132 where the Court held that the third party rule applies to sharing or exchange of information between police forces or intelligence agencies, particularly between those in different countries.

It is not open to the AG to merely claim that information cannot be disclosed pursuant to the third party rule, if a request in some form has not in fact been made to the original foreign source.⁷⁴ In *Arar*, Justice Noël held that the Federal Court of Appeal decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*⁷⁵ stood for the proposition that “law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they have made reasonable efforts to obtain consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would be refused if consent to disclosure was sought”.⁷⁶

In *A. Khadr* however, the AG argued that such a formal request should not be considered a prerequisite to a determination by the Court of an injury to the third party rule. The Court accepted the AG’s position but stated that the failure to make such an inquiry could still undermine the third party claim particularly where, on its face, the information appears to be innocuous.⁷⁷

In *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials)*,⁷⁸ the Federal Court stated that, in that particular case, it was not appropriate to second-guess the AG’s decision not to seek consent of a foreign agency to release certain information. The Court held that a negative inference should not be drawn and that there was evidence to show that such a request would be useless.

In *Charkaoui (Re)*,⁷⁹ the Federal Court dealt with an application by the special advocates for an order compelling the Ministers to contact foreign agencies and seek

⁷⁴ See *Khawaja* at paragraphs 145-146.

⁷⁵ [2000] 3 F.C. 589.

⁷⁶ At paragraph 74.

⁷⁷ At paragraph 93.

⁷⁸ 2009 FC 1317 at paragraph 75.

⁷⁹ 2009 FC 476 at paragraph 28.

permission to publicly disclose information obtained in confidence under the third party rule. In finding that the Ministers were obliged to demonstrate that reasonable efforts had been made to obtain consent from foreign agencies, Justice Tremblay-Lamer considered, amongst others, the following factors:

- 1) The fact that the Ministers had used information in the past that came from the same foreign agencies in support of the confidential security intelligence report;
- 2) The fact that information or intelligence exists that was provided by foreign agencies had been known publicly since the public release of the summary of the intelligence report;
- 3) The fact that it was public knowledge that some of the foreign agencies were involved in the case;
- 4) The fact that some information was dated from several years ago that it was unlikely that the secret and confidential nature of the information was still of particular interest to the originating country.

In *Almalki*,⁸⁰ Justice Mosley noted that the “third party rule” was also commonly referred to as the “control principle”. In this case, Justice Mosley recognized the general proposition that the disclosure of information obtained in confidence from other countries could have an adverse effect on diplomatic relations and intelligence sharing arrangements between those countries. However, the Court noted that the third party rule was not a principle of law and was not absolute. As stated by the Court, “[i]t cannot be used as a categorical ground of public interest immunity. Its appreciation in each case must be scrutinized, and actual risk of harm to the national

⁸⁰ *Supra*, note 48, at paragraph 148.

interest established”.⁸¹ The Court also agreed and adopted the comments of Justice Noël in *Arar* that all countries and agencies are not equally important to Canada in terms of information sharing. As noted by the Court, the consequences of a breach of an agreement with Canada’s major allies such as the UK or the US would be far greater than those which may occur from the disclosure of information received from a country or agency that is not so closely linked to our national interest:

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

This being said, the severity of the harm that may be caused by a breach of the third-party rule can be assessed under the third part of the section 38.06 test when the reviewing judge balances the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.⁸²

8.1.2.3. Mosaic effect

In *Re Henrie*, the Court indicated that in the context of assessing whether an injury to national security occurs, the concept of the “informed reader” should be taken into account. The concept of the “informed reader” is also often referred to as the “mosaic effect”. The Court described such a person as:

⁸¹ *Ibid.* at paragraph 133.

⁸² *Ibid.* at paragraph 150.

It is of some importance to realize that an "informed reader", that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. He might, for instance, be in a position to determine one or more of the following: (1) the duration, scope intensity and degree of success or of lack of success of an investigation; (2) the investigative techniques of the service; (3) the typographic and teleprinter systems employed by CSIS; (4) internal security procedures; (5) the nature and content of other classified documents; (6) the identities of service personnel or of other persons involved in an investigation.⁸³

In *Arar*, the Federal Court stated it was in agreement with the position taken in *Khawaja* and *A. Khadr* that the mosaic effect on its own would usually not provide sufficient reason to prevent disclosure of what would appear to be an innocuous piece of information. According to the Court, the Attorney General would have to provide some evidence to convince the Court that disclosure would be injurious due

⁸³ At paragraph 30. See also Craig Forcese in *National Security Law*, (Toronto, Ont: Irwin Law, 2008) at pp. 419 – 420 and *Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 119, 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179.

to the mosaic effect. The Court held that “there must be some basis or reality for such a claim, based on the particulars of a given file”.⁸⁴

In *Almalki*,⁸⁵ in discussing the principle of the “mosaic effect”, Justice Mosley stated that the “mosaic effect” was one of those “statements of the obvious” that was difficult to prove or disprove. Justice Mosley was of the opinion that apart from “reciting the principle, the witnesses heard in this and other cases have generally been unable to assist the Court to resolve that conundrum”.⁸⁶ The Court also noted that in some instances, the mosaic effect may work in reverse. For example, “information which might be clear and relevant if the full context were to be disclosed may become obscure, equivocal, and even misleading when a piece of the context is removed” by redaction.⁸⁷

8.1.2.4. On-going and past investigations

In the case of *R. v. Chan*,⁸⁸ the trial judge concluded that a qualified common-law privilege attached to information respecting ongoing investigations, investigative techniques and the safety of individuals. As noted previously, in the case of *Henrie*, the Federal Court held that information identifying or that could tend to identify past or present subjects of investigation, reveal the intensity, scope or the degree of success or lack of success of an investigation, would be viewed as being injurious to national security if disclosed.

⁸⁴ At paragraph 84.

⁸⁵ *Supra*, note 48.

⁸⁶ *Ibid.* at paragraph 118.

⁸⁷ *Ibid.* at paragraph 119.

⁸⁸ 2002 ABQB 287 (CanLII), 2002 ABQB 287, [2002] A.J. 363.

In the decision of *A. Khadr*, the Attorney General argued that there was no distinction between ongoing and past investigations and that past investigations could also be protected under s. 38 of the *CEA*:

The Attorney General submits that in the national security context, investigations do not often reach a tidy conclusion with a charge, prosecution, trial and conviction or acquittal. Information obtained is added to the body of intelligence collected about known or suspected threats and may assist in other related or unrelated investigations. The question to be addressed by the Court under section 38.06 is not whether the information pertains to an ongoing or completed investigation but whether disclosure would cause injury to the protected interests. The age of the information and present value may be a consideration in determining whether injury is made out or, if established, whether the public interest favours disclosure.⁸⁹

The Federal Court agreed with the position of the Attorney General that disclosure of past investigations could cause injury to national security:

I agree with the Attorney General's view of this question. I would add that from my review of the evidence in the present case, I am satisfied that there can be no clear distinction made between past and on-going investigations. Moreover, disclosure of the status of any possibly inactive investigation conducted by the RCMP or CSIS that may be revealed by the redacted information could cause injury to the protected national security interests.⁹⁰

⁸⁹ At paragraph 84.

⁹⁰ At paragraph 85.

8.1.2.5. Human sources

The informer privilege rule protects a human source's identity from being revealed to third parties. As stated by Robert Hubbard in *The Law of Privilege in Canada*:⁹¹

... guaranteeing that an informer's identity is protected ensures that informers can provide information to the police without fear of repercussions from others. Informer privilege encourages people to assist the police.

...The informer privilege rule imposes a duty on the police, Crown attorneys and judges to keep the identity of informers confidential. The privilege protecting informants can only be breached when an accused person shows that his or her innocence is at stake and demonstrates a need for the privileged information to establish innocence. The innocence at stake exception only applies in criminal cases; the exception has no application in civil cases. Because informer privilege can only be breached in narrow circumstances, the privilege protecting informants is virtually absolute. Informants may consent to a waiver of their privilege, but only when they are aware of the consequences. Neither the courts nor the police have discretion to waive the protection of the rule.

The informer privilege as been well recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Leipert*,⁹² *Bisailon v. Keable*,⁹³ *Named Person v. Vancouver Sun*⁹⁴ and *R. v. Basi*.⁹⁵

⁹¹ R.W. Hubbard, S. Magotinaux, S. Duncan, *The Law of Privilege in Canada* (Aurora: Canada Law Book, 2008) at p. 2-2.

In *Charkaoui (Re)*,⁹⁶ the Supreme Court of Canada reiterated the principle that the right to know the case to be met was not absolute. Specifically, in the context of national security, the Supreme Court of Canada stated that imperatives for the protection of society may in certain circumstances preclude the application of the open court principle. Informer privilege fits into that category:

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the case to meet, and an opportunity to meet the case. **Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information 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. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.⁹⁷ (Emphasis added)

⁹² [1997] 1 S.C.R. 281.

⁹³ [1983] 2 S.C.R. 60.

⁹⁴ [2007] 3 S.C.R. 252.

⁹⁵ 2009 SCC 52.

⁹⁶ [2007] 1 S.C.R. 350.

⁹⁷ *Ibid.*, at par. 61.

Recently, the issue of human source privilege was raised in the context of the litigation of security certificates. In the *Harkat*⁹⁸ security certificate, the Special Advocates sought an order from the Court compelling the Ministers to produce covert human intelligence sources for cross-examination. The Ministers opposed the request and argued that the police informer privilege was absolute and also applicable to human sources of the Canadian Security Intelligence Service. Justice Noël of the Federal Court held that covert human intelligence sources are essential national security assets vital to the functioning of intelligence agencies and to the national security of Canada.⁹⁹ The Court recognized that the informer privilege that applied to sources of the police was also applicable to human sources of the Service and denied the request of the Special Advocates. This is the first decision that formally recognizes that the informer privilege rule also applies to the intelligence context. In *R. v. N.Y.*,¹⁰⁰ in the context of the “Toronto 18” prosecution, the Ontario Superior Court of Justice ruled on a defence motion for a stay of proceedings based upon the grounds that N.Y. was entrapped or that to enter a conviction would otherwise be an abuse of process. The case is noteworthy because it involves the actions of a CSIS human source that was made available to the RCMP. The Court had to determine whether this individual was a confidential informant or an agent of the state (a police agent). In considering the status of this individual, the Court agreed with the Federal Court’s decision in *Harkat* that found that the relationship between CSIS and a covert intelligence source was protected by the informer privilege.

⁹⁸ *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, 306 D.L.R. (4th) 269, at par. 61.

⁹⁹ *Ibid.*, at paragraph 24.

¹⁰⁰ Court File No. YC-07-1587, March 24, 2009 - Justice Sproat – decision subject to section 110 of the *Criminal Justice Act* prohibiting publication of the name or any information that would identify the young person.

In *R. v. Ahmad*,¹⁰¹ in the context of the “Toronto 18” prosecution, the Ontario Superior Court of Justice also recognized that the relationship between CSIS and a covert intelligence source was protected by the informer privilege.

In *Almalki*,¹⁰² the Federal Court also adopted the reasoning of Justice Noël in *Harkat*, which recognized the existence of a covert intelligence source privilege. Justice Mosley noted however, that the privilege did not apply in every instance where persons provide information to CSIS. The privilege is intended to protect from disclosure only information that would identify or tend to identify a human source. Justice Mosley was critical of the overbroad approach taken by CSIS where anyone who provides information to the Service is treated as a confidential source:

The Service tends to treat virtually everyone who provides information as a confidential source whether there is any real expectation of confidentiality on the part of the source, a risk of harm to the source or likelihood that they would not be forthcoming without such assurances. This extends to employees of law enforcement agencies, public utilities and business corporations who provide information that may be publicly available. In reviewing documents for disclosure, Service officials routinely redact the names of such persons and related identifying information. In my view, the Service approach is overbroad.¹⁰³

8.1.2.6. Inadvertent disclosure

¹⁰¹ 2009 CarswellOnt 9296.

¹⁰² *Supra*, note 48, at paragraph 168.

¹⁰³ *Ibid.*, at paragraph 169.

The Court in *Arar* stated that information in the public domain cannot be protected from disclosure. There is no longer a need to seek disclosure since disclosure has already occurred.

However, this rule is not an absolute:

There are many circumstances which would justify protecting information available in the public domain, for instance: where only a limited part of the information was disclosed to the public; the information is not widely known or accessible; the authenticity of the information is neither confirmed nor denied; and where the information was inadvertently disclosed.¹⁰⁴

On this issue, the Court cited, with approval, the following passage from *Khawaja*:

...inadvertent waiver is not enough to justify disclosure. In light of the case-by-case nature of the test, the most appropriate approach is to proceed by way of the same three step assessment; taking into account the fact that inadvertent disclosure of the information has occurred. Inadvertent disclosure may for example make it more difficult for the government to demonstrate injury under the second stage of the assessment. Inadvertent disclosure can also be considered at the balancing stage of the test, as it might weigh in favour of the Court considering the release of the information subject to conditions designed to limit any remaining concerns regarding injury.¹⁰⁵

¹⁰⁴ At paragraph 56.

¹⁰⁵ At paragraph 57.

The Court concluded:

In my view, the circumstances of the “inadvertent disclosure” are of essence when determining whether inadvertently disclosed information can be protected by the Court. As stated by Justice Mosley, such a determination must be made keeping in mind the three-part test established under s. 38.06 of the *CEA*.¹⁰⁶

In *A. Khadr*, the Court reiterated that inadvertent disclosure did not necessarily constitute a waiver. Waiver will be established when it is shown that the holder of the privilege knew of its existence and demonstrated an intention to waive it. The Court also commented on the reality of the s. 38 process whereby despite the best efforts of the parties, inadvertent disclosure may occur:

...Both cases illustrate that there are systemic difficulties in asserting s. 38 claims where voluminous disclosure is being made and the public interest requires a thorough review of the material. There are a limited number of people who can do this work. Despite efforts to be consistent, mistakes will be made and information redacted in one document may be disclosed in another.¹⁰⁷

In the case of *Sellathurai v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*,¹⁰⁸ the Minister sought an order from the Federal Court for the return of material that had been inadvertently disclosed to counsel for Mr. Sellathurai. In ordering the return of the document in question, Justice Snider held that the “state

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ At paragraph 116.

¹⁰⁸ 2010 FC 1082. Please note however that as of November 2010, this case is under appeal.

has an important interest in protecting national security and the security of its intelligence services. Inadvertent disclosure of confidential information goes to the heart of what the state has an interest in protecting".¹⁰⁹ In recognizing the importance of the state's and society's interest in national security, Justice Snider found that:

A natural extension of these principles is the state's interest in recalling documents that have been inadvertently disclosed with the objective of regaining protection of information that is properly the subject of national security. It would be illogical to prevent the recalling of inadvertently disclosed documents only because the documents have been disclosed, if putting the information into the hands of an "informed reader" would be injurious to national security. Therefore, the principles should apply to documents that are properly the subject of national security privilege, regardless of whether they were inadvertently disclosed documents or the subject of a non-disclosure order.¹¹⁰

On the issue of whether the inadvertent disclosure of the document could amount to a waiver of the national security privilege, the Court held that "the importance of protecting national security does not end when a mistake is made which results in inadvertent disclosure of information. It is in the interest of the public to ensure that [national] security information is kept confidential and that, in the event of an 'inadvertent' error, there are procedures in place to restore that confidentiality".¹¹¹

¹⁰⁹ *Ibid.*, at paragraph 14.

¹¹⁰ *Ibid.*, at paragraph 16.

¹¹¹ *Ibid.*, at paragraph 42.

In *Almalki*,¹¹² the respondent argued that the statutory prohibition of disclosure under s. 38.02 of the *CEA* could not apply to a document that had been inadvertently disclosed, prior to a notice being sent under subsection 38.01(3) of the *CEA*. According to the respondents, subsection 38.01(3) did not provide for notices regarding information that “was” disclosed but rather was limited to information that “may be disclosed”.¹¹³ In disagreeing with this position, Justice Mosley held that:

The legislative scheme contemplates the use of the notice procedure in order to prevent the disclosure of potentially injurious or sensitive information whether or not that information has been disclosed in the past. It is then up to the Court to determine whether the past disclosure vitiates or undermines the injury claim or, if satisfied that injury would still result, whether, on balance, the public interest favours further disclosure.¹¹⁴

8.1.3. Balancing of interests test

The last step of the *Ribic* test is for a reviewing judge to consider whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. This step is only undertaken where an injury to international relations, national defence or national security is found to exist. The party seeking disclosure has the onus of proving that the public interest scale is tipped in its favour. While section 38 of the *CEA* does not specify the test that must be applied, the Federal Court of Appeal in *Ribic* found that a more stringent test than relevancy was required. As noted by the Federal Court of Appeal, if the courts were to endorse a philosophy of general

¹¹² 2010 FC 1106.

¹¹³ *Ibid.*, at paragraph 106.

¹¹⁴ *Ibid.*

disclosure based on mere relevancy, this would “only lead to and incite fishing expeditions.” There is the same public balancing test under s.37 of the CEA.

In balancing the competing public interest, the Court will consider many different factors. These factors may well vary from case to case. In a criminal context, whether the information at issue will probably establish a fact crucial to the defence is an important factor to be considered in the balancing process. This is, however, only one of the many factors that may be considered.

In *Khawaja*, the Federal Court held that the case-by-case approach was indeed the appropriate approach when engaging the balancing test:

Taking all of the above into account, I endorse the approach taken by Justice Blanchard in *Ribic* and Justice Lemieux in *Kempo*. A case-by-case approach is the most appropriate approach to be taken under subsection 38.06(2) when the balancing step of the test is engaged, and the Court is free to consider those factors it deems necessary in the circumstances including but not limited to those noted by the Federal Court of Appeal in *Hijos*, at paragraph 16, citing *Khan*, at paragraph 26.¹¹⁵

The case-by-case approach was also endorsed in *Arar*. Recently, in *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*,¹¹⁶ the Supreme Court of Canada considered the test to be applied when determining the issue of journalist-source privilege. Justice LeBel held that when applying the four Wigmore factors to determine whether the journalist-source privilege should be recognized in a particular case, a balancing must be conducted by the Court. According to Justice LeBel, the court must balance

¹¹⁵ At paragraph 93.

¹¹⁶ 2010 SCC 41.

“ (1) the importance of disclosure to the administration of justice against (2) the public interest in maintaining journalist-source confidentiality. This balancing must be conducted in a context-specific manner, having regard to the particular demand for disclosure at issue”.¹¹⁷ The court also held that when a claim to privilege is made in the context of civil proceedings, the relevant considerations include: “how central the issue is to the dispute; the stage of the proceedings; whether the journalist is a party to the proceedings; and, perhaps most importantly, whether the information is available through any other means. As discussed earlier, this list is not comprehensive.”¹¹⁸ While this decision does not deal specifically with the *Canada Evidence Act*, it is noteworthy as the Court recognizes the importance that the balancing test be conducted in a “context-specific manner”.

The section 38 jurisprudence has established the following list of factors that are to be considered when finding the balance between competing public interests of disclosure and non disclosure:

- (a) The nature of the public interest sought to be protected by confidentiality;
- (b) Whether the evidence in question will "probably establish a fact crucial to the defence" or whether, in the civil context, where the liberty and security of the person are not engaged, the information sought would establish a fact crucial to the party seeking it;
- (c) The seriousness of the charge or issues involved;
- (d) The admissibility of the documentation and the usefulness of it;
- (e) Whether the applicants have established that there are no other reasonable ways of obtaining the information;

¹¹⁷ *Ibid.*, at paragraph 65.

¹¹⁸ *Ibid.*, at paragraph 66.

- (f) Whether the disclosures sought amount to general discovery or a fishing expedition;
- (g) The extent of the injury;
- (h) The relevancy of the redacted information to the procedure in which it would be used, or the objectives of the body wanting to disclose the information;
- (i) Whether the redacted information is already known to the public, and if so, the manner by which the information made its way into the public domain;
- (j) The importance of the open court principle;
- (k) The importance of the redacted information in the context of the underlying proceeding and the need for trial courts to have the fullest possible access to all relevant materials;
- (l) Whether there are higher interests at stake, such as human rights issues, the right to make a full answer and defence in the criminal context, etc. This includes the determination of whether Canada breached the *Charter* rights of the plaintiff or the accused and the public interest in holding the government accountable for the alleged actions and omissions of its servants;
- (m) The relative weights afforded to the public interests of maintaining access to the courts to achieve redress for civil wrongs, and the risk of present and future damage to Canada's national interests if injurious information is ordered to be disclosed, while recognizing the right to obtain an appropriate and just remedy for breaches of the *Charter* is part of Canada's constitutional framework;
- (n) The effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of a violation of the *Convention Against Torture*, including evidence of engagement in or complicity in torture;

- (o) The fact that Canada needs to exchange information with countries that do not share our legal traditions for consular or other assistance to protect its citizens or to advance its global interest;
- (p) Whether the redacted information relates to the recommendations of a commission of inquiry and if so, whether the information is important for a comprehensive understanding of the said recommendation;
- (q) Consideration of the public interest includes consideration of the fact that the security of Canada's troops and civilians in Afghanistan is in part dependent upon the cooperation of other governments in the region and that of the other members of the international security force deployed there. In that context, disclosure of the information at issue may have a much more serious impact if it were to result in a withdrawal or diminution of that cooperation.

In *Canada (Attorney General) v. Kempo*,¹¹⁹ the Federal Court commented on how the balancing factors should be applied:

At the outset of the analysis, the scales are equally balanced, that is, the legislation does not in its terms favour the public interest in non-disclosure over the public interest in disclosure. It is in the application of the factors the scales are tipped one way or another.

8.2. Possible orders regarding disclosure

The amended s. 38 has added a number of disclosure options available to the Federal Court Judge. If the judge concludes that disclosure is in the public interest,

119. 2004 FC 1678, (2004) 294 F.T.R. 1 (F.C.) at paragraph 108.

the judge, after considering the form of and the conditions to disclosure that most likely limits any injury, may authorise the disclosure of:

- all the information
- part of the information
- a summary of the information
- a written admission of facts relating to the information

subject to any conditions that the judge considers appropriate.¹²⁰

If the judge concludes that the public interest in non-disclosure outweighs the public interests in disclosure, the judge shall confirm the prohibition of the disclosure.¹²¹

120. Subsection 30.06(2).

121. Subsection 38.06(3).

8.3. Orders for the introduction of the disclosed information as evidence in the criminal proceeding

At times, the disclosure of the information, or a part of the information, or a summary, will be insufficient to address the needs of the party seeking it. The portions of the information that the Court has determined cannot be disclosed may relate to the source of the information, the reliability of the information or the continuity of the document—all of which may well affect the admissibility of the information as evidence in the proceeding. Indeed, it is possible that the Federal Court may determine that permitting the verbal testimony of a witness would itself be harmful to international relations, national defence or national security (as occurred in *R. v. Ribic*).

Subsection 38.06(4) addresses, in part, that issue. It provides that a person may request from a Federal Court judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the disclosure order.

Before making such an order, the Federal Court judge must first consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the other proceeding.¹²² The nature and type of order will be fact driven. Also, the order relates exclusively to the admissibility of the information; it does not directly address the issue of what weight to accord to the evidence. This latter matter remains within the purview of the person presiding at the proceeding.

122. Subsection 38.06(5).

9. The significant role of the person presiding at the proceeding

The pivotal role of the person presiding at the proceeding has been expressly recognized in the s. 38 CEA process.

As mentioned above, the person presiding at the proceeding is given the role of ensuring, once the matter is brought to their attention, that the sensitive or potentially injurious information is not disclosed in the proceeding over which they preside.¹²³

The person presiding at the proceeding determines in the context of the proceeding before him or her whether the information is relevant such as to require disclosure in the course of the proceeding or whether a witness is or is not compellable.

The person presiding at the proceeding is expressly provided with the opportunity to provide a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the Federal Court judge.¹²⁴ This report must be provided to the judge within 10 days after receiving notice of a Federal Court application. This communication between the person presiding at the proceeding and the Federal Court does not occur based upon any request of the parties to the proceedings--it is statutorily provided.

Finally, the s. 38 CEA process expressly reaffirms the jurisdiction of the person presiding at the criminal proceeding¹²⁵ to make any order, short of ordering disclosure of the information itself, that the judge considers appropriate in the

123. Subsections 38.01(2) & (4).

124. Subsection 38.05.

125. Include judges presiding over pre-trial procedures such as authorizations pursuant to Part VI of the *Criminal Code*, the issuance of warrants, as well as preliminary inquiries.

circumstances to protect the fair trial rights of the accused.¹²⁶ Subsection 38.14(2) provides a non-exhaustive list of possible orders, namely,

- (a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;
- (b) an order effecting a stay of the proceedings; and
- (c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

10. Appeals

Unlike the previous regime applicable to section 38, s. 38.09 now creates a right of appeal to the Federal Court of Appeal.¹²⁷ The appeal must be filed within 10 days of the order.¹²⁸ Thereafter, leave to appeal from a Federal Court of Appeal judgment must be sought from the Supreme Court of Canada within 10 days of the judgement.¹²⁹

11. The Attorney General of Canada's Certificate

The AG of Canada may issue a Certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding¹³⁰. The Certificate must be issued personally. It is issued for the purpose of prohibiting the disclosure of information in connection with a proceeding where the information was obtained by the Government of Canada in confidence from or in relation to a foreign entity, or for the purpose of protecting

126. Subsection 38.14(1).

127. Subsection 38.09(1). An automatic review is provided if a party whose interests are adversely affected was not given an opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d).

128. Subsection 38.09(2).

129. Section 38.1.

130. Subsection 38.13(1).

national defence or national security. Before a Certificate may be issued, an order or a decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

Once the AG issues a certificate, disclosure of the information is prohibited in accordance with the terms of the certificate, notwithstanding any other provision of the CEA.¹³¹

The certificate shall be published in the Canada Gazette without delay.¹³²

The Certificate is subject to limited judicial review by one judge of the Federal Court of Appeal to determine if the information relates either to information that was obtained by the Government of Canada in confidence from a foreign entity or relates to national defence or national security.¹³³ The review will result in the confirmation, the variation or the cancellation of the certificate¹³⁴. The decision is not otherwise reviewable¹³⁵.

12. AG's Fiat

It may become necessary for the AG of Canada to assume carriage of any prosecution not instituted on his behalf if sensitive or potentially injurious information may be disclosed in connection with the prosecution.¹³⁶ In order to accomplish this, the Attorney General may issue a fiat.

131. Subsection 38.13(5).

132. Subsection 38.13(7).

133. Subsection 38.131(1).

134. Subsections 38.131(8),(9) & (10).

135. Subsection 38.131(11).

136. Section 38.15.

Appendix A: Checklist for counsel

The following is a list of questions and comments to assist counsel in determining whether and when section 38 may be implicated and, if so, some further issues to contemplate. It is not intended to be a substitute for timely consultation with the National Security Group and the relevant Government of Canada institutions and counsel in their legal services.

Identify the files that may contain sensitive or potentially injurious information

Does the matter that I am being asked to assist with, either as a legal adviser to a government agency or as a litigator, directly or indirectly, involve national security, national defence or international relations interests?

In criminal law, some of the offences that would likely involve such matters include:

- Terrorism offences as defined in section 2¹³⁷ of the *Criminal Code*, namely, any of the new offences created in Part II.1 of the *Criminal Code* (except for the offence of non-reporting contained in s. 83.12), any indictable committed in relation to a terrorist group or that is a terrorist activity, and the inchoate forms of those offences such as conspiracies and attempts to commit.

137. “terrorism offence” means

- (a) an offence under any of sections 83.02 to 83.04 or 83.18 to 83.23,
- (b) an indictable offence under this or any other Act of Parliament committed for the benefit of, at the direction of or in association with a terrorist group,
- (c) an indictable offence under this or any other Act of Parliament where the act or omission constituting the offence also constitutes a terrorist activity, or
- (d) a conspiracy or an attempt to commit, or being an accessory after the fact in relation to, or any counselling in relation to, an offence referred to in paragraph (a) (b) or (c).

- Offences related to bombings of public places (s. 431.2 of the *Criminal Code*).
- Offences related to internationally protected persons (s. 424 and 431 of the *Criminal Code*).
- Offences against a member of United Nations personnel or associated personnel (including s. 424.1 and 431.1 of the *Criminal Code*).
- Offences contrary to the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24.
- Offences related to people smuggling contained in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.
- Offences relating to passports or certificates of citizenship, i.e., ss. 57 and 58 of the *Criminal Code*.
- Offences contained in the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5 as amended by S.C. 2001, c. 41.
- The offence of disclosing information from which the identity of a confidential source of information of the CSIS can be determined (s.18 of the *CSIS Act*, S.C.1984, c. 21).
- Offences contrary to the *United Nations Act*, R.S.C. 1985, C. U-3 and Regulations (including the *United Nations Afghanistan Regulations*, SOR/99-444, and the *United Nations Suppression of Terrorism Regulations*, SOR/2001-360).

Does the file contain:

- Information or documents obtained from 3rd parties, i.e., other government departments or agencies, police forces, or international partners?
- classified information or documents?

- information or documents, regardless of classification, that relate to:
 - CSIS, CSE, RCMP National Security Intelligence or any other body listed in Schedule I of the *Security of Information Act*,
 - Reference to intelligence-related functions,
 - Canadian forces operations or methods,
 - Security arrangements relating to federal facilities or national critical infrastructures,
 - Confidential procedures and procedures relating to border security, document integrity or transportation safety/security,
 - Canada's relationship with other countries,
 - Canada's communications with other countries,
 - Internal Canadian government views about other countries, or
 - Canada's strategies for dealing with other countries?
- Potential witnesses employed by CSIS, CSE, RCMP National Security Intelligence or any other body listed in Schedule I of the *Security of Information Act*.

If the file contains information relating to any of the above-referenced matters, counsel should:

- Determine which Canadian government department or agency generated the information or document, or in the case of information or a document received from an entity outside of the Government of Canada, which Canadian government institution first received it
- In consultation with the relevant government department or agency, determine if the information was derived directly or indirectly from

information supplied or made available to the government institution by another entity.

- Discuss with the relevant government department or agency whether the information can be disclosed, in whole or part, in the context of the proceeding to which they relate. Ensure that the person you are dealing with has requisite knowledge and authority to authorize the disclosure.
- Counsel should avoid making assumptions about whether the information can be disclosed. This is an area of specialized expertise. Consultations with the relevant government department or agency are essential to avoid the possibility of errors. This caution is of particular concern in respect of information or documents received by the Government of Canada in confidence from outside the Government.
- As in all matters, counsel should ensure that information is handled in accordance with the Government Security Policy:
 - Documents containing classified information cannot be sent by Department of Justice internal e-mail systems.
 - Telephone and facsimile communications that disclose such communications must occur through the secure facsimile and telephone system for classified communications.
 - Classified materials must be properly secured in the Regional office.
 - Counsel should consult with the security office in their Regional Office to determine available means of secure communications and storage.

**Pages 197 to / à 215
are withheld pursuant to sections
sont retenues en vertu des articles**

21(1)(a), 23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

**Pages 216 to / à 236
are withheld pursuant to sections
sont retenues en vertu des articles**

21(1)(a), 23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Price, Brenda

From: Bryden, Cathleen
Sent: January 23, 2012 10:12 AM
To: Desjardins, Josée; Vaillancourt, Normand; Parker, Andrew
Subject: FW: ADAG approved revised note on CEA protections
Attachments: Protection of Foreign Intelligence in Canadian Courts - January 23 2012 1000.docx

Importance: High

For your files. The one-pager for R. Marcoux has been revised – this should be the final version.

Kate

From: Fitzgerald, Oonagh
Sent: 2012-Jan-23 10:04 AM
To: Ermuth, Pamela; Gaudreau, Lyne
Cc: Walton, Carol; Scholle, Mélanie; Bryden, Cathleen; Fothergill, Simon
Subject: ADAG approved revised note on CEA protections
Importance: High

Pam and Lyne, I had added an additional sentence at the end of the document to address Simon's point. Kate, you will need have this document reprinted for the DM's briefing book. Thank you. Oonagh

From: Fothergill, Simon
Sent: 2012-Jan-23 9:43 AM
To: Fitzgerald, Oonagh
Cc: Walton, Carol; Scholle, Mélanie; Bryden, Cathleen
Subject: RE: addition to note on CEA protections

Oonagh,

This looks fine to me. Another point that might be worth making re *Ahmad* is the SCC's recognition that the flexibility of s. 38 of the CEA provides a basis for innovative solutions to many disclosure challenges that arise in national security prosecutions (and by extension in NS civil proceedings as well).

Simon

From: Fitzgerald, Oonagh
Sent: 2012-Jan-23 9:38 AM
To: Ermuth, Pamela; Gaudreau, Lyne
Cc: Fothergill, Simon; Walton, Carol; Scholle, Mélanie; Bryden, Cathleen
Subject: FW: addition to note on CEA protections
Importance: High

Bonjour Pam et Lyne, Rennie Marcoux voulais qu'on ajoute quelques mots sur la décision de la CSC concernant la régime de l'art. 38. Elle utilise cette note pour préparer ses propres notes pour la réunion à Washington.

J'ai fait l'addition en jaune. Je copie Simon parce-que je sais qu'il est occupé maintenant et c'est fort possible qu'aurais pas la disponibilité pour approuver l'addition tout de suite.

Est-ce que je devrait avoir l'approbation du SM avant envoyer les révisions a Mme. Marcoux ?

Merci beaucoup. Oonagh

DRAFT

Protection of Foreign Intelligence in Canadian Courts: s. 38 of the *Canada Evidence Act*

It is a well established principle that the disclosure of confidential information provided by foreign third parties would seriously injure the national interest. In Canada, the legislature has enacted specialized statutory provisions aimed at the protection of sensitive information, including intelligence derived from foreign sources. These provisions are codified under the *Canada Evidence Act (CEA)*.¹ The *CEA* emphasizes balancing the competing public interests in disclosure and non-disclosure and highlights the significance of protecting the interests of national security, national defence and international relations. The procedures set out therein are intended to facilitate the proper and timely handling of confidential information.

The *CEA* creates a proactive regime that requires persons dealing with sensitive materials to provide notice to the Attorney General of Canada (AGC) where the information is at risk of disclosure. Once notice has been provided, there exists an absolute prohibition over disclosure of the information until it has been assessed by the AGC. The AGC is responsible for determining whether disclosure of the information would risk injury to the national interest. The assessment relies on a three-part test as developed through the jurisprudence, to determine whether or not the information warrants protection. In summary, the AGC will assess: (1) the relevance of the information; (2) the specified injury to the national interest; and (3) the balancing of public interests in disclosure against those of non-disclosure. The AGC may authorize the disclosure of all or part of the information, with or without conditions. The conditions may deal, in particular, with the use of the information or the manner in which the information will be disclosed.

Judicial recourse for the AGC's decision is available through the Federal Court, which specializes in matters dealing with national security, national defence and international relations. The Court will use the same three-part test as applied by the AGC in determining whether or not to maintain a prohibition on disclosure of the subject information. The *CEA* provides for appeals to both the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada. Again, these courts apply the same considerations and three-part test in determining whether or not disclosure of the information would be inimical to Canada's interests.

Finally, should the AGC disagree with the assessment of the courts, the *CEA* allows the AGC to issue a certificate prohibiting the disclosure of information in relation to a proceeding for the purpose, among other things, of protecting information obtained in confidence from a foreign entity. This certificate is only reviewable by the Federal Court under very limited

¹ *Canada Evidence Act*, RSC 1985, c. C-5 at s. 38

DRAFT

circumstances,² and provides a final statutory-based mechanism for protecting information that is injurious to national interests. The AGC Certificate has never been used, and the circumstances would have to be exceptionally serious for the Executive to overrule the judiciary in this manner.

Moreover, in the context of a criminal prosecution, if necessary, the Public Prosecution Service of Canada (PPSC) can stay the proceedings at any time, in the public interest (e.g. if disclosure of information would be injurious to national security, national defence or international relations). As well, upon an application by the accused, if all relevant information is not disclosed to the accused, the trial judge may consider it appropriate in the circumstances to stay the proceedings in order to protect the individual's constitutional right to a fair trial.

In *R. v. Ahmad* [2011] 1 S.C.R. 110, the Supreme Court of Canada found that the s.38 *CEA* scheme was constitutionally valid federal legislation and did not infringe s.7 of the *Charter of Rights and Freedoms*. The Court found that the legislation provided sufficient flexibility in trying to reconcile protection for potentially injurious information and the accused's right to a fair and public hearing. The Court interpreted s.38 as preserving the full authority and independence of the judge presiding over the criminal trial to do justice between the parties, including, where he or she deems it necessary to prevent an unfair trial, to enter a stay of proceedings. The Court noted that a stay was but one possible remedy and that the flexibility of s. 38 of the *CEA* provides a basis for innovative solutions to many disclosure challenges that arise in national security prosecutions (and by extension, in national security civil proceedings as well).

² For example, if the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from a foreign entity, the judge must make an order confirming the AGC certificate. This order is not subject to appeal.

Price, Brenda

From: Parker, Andrew
Sent: August 27, 2012 9:20 AM
To: Desjardins, Josée s.23
Subject: [REDACTED]

Josée,

[REDACTED]

Andrew Parker

Counsel | Avocat
National Security Group | Groupe sur la sécurité nationale
Criminal Litigation Division | Division du contentieux des affaires criminelles
Department of Justice Canada | Ministère de la Justice Canada
284 Wellington Street, room 2034 | 284, rue Wellington, pièce 2034
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0H8
Telephone | Téléphone: 613-946-7952 / Facsimile | Télécopieur: 613-941-4738
Government of Canada | Gouvernement du Canada

From: Desjardins, Josée
Sent: 2012-Aug-16 4:26 PM
To: Parker, Andrew
Subject: Tr: [REDACTED]

Thank you.

I will raise at staff Aug 23.

[REDACTED]

Josée

De : Frater, Robert
Envoyé : Thursday, August 16, 2012 04:06 PM
À : Desjardins, Josée
Objet : RE: [REDACTED]

Thanks very much

From: Desjardins, Josée
Sent: August 16, 2012 3:17 PM
To: Frater, Robert

Cc: Parker, Andrew

Subject: FW: [REDACTED]

Rob

[REDACTED]

s.23

J

[REDACTED]

**Pages 243 to / à 244
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article**

23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Desjardins, Josée

From: Breithaupt, Doug
Sent: 2012-Oct-01 5:11 PM
To: Cohen, Stanley; Slatkoff, Ari; 'Janice MULLETT'; Scrivens, Mark; Ferguson, Allan; Price, Brenda; Markham, Karen; Nguyen, Trang Dai; Desaulniers, Anouk; Normand, Gerard; Fernandes, Zuzana; Crosby, Adair; Pollard, Dorette; Evans, Christine; Boutzouvis, Bill; 'Brender, James'; Hendel, Ursula; Koster, Greg; Bellis, Judith; 'Blain, Christopher'; Batt, Robert; Desjardins, Josée; Shogilev, Matthew; 'Renaud, Josée-Anne'; 'imondou@pco-bcp.gc.ca'; Nelligan, Christopher (CRA); Berthiaume, Adèle; Sargent, Laurie; Chan, Judy (RCMP); Killaby, Peter C (PCO); Fitzgerald, Oonagh; Wilkins, Keith; Besner, Julie
Cc: Point-du-Jour, Marie Cléone
Subject: Intelligence and Evidence Working Group
Importance: High

There will be a meeting of the Intelligence and Evidence Working Group on **Thursday, October 11, 2012 from 2:30 p.m. to 4:30 p.m.** in Room 6015 in the East Memorial Building at 284 Wellington Street, Ottawa

Look forward to seeing you.

Please confirm your attendance with Marie Cléone Point-du-Jour at 613-952-5616.

Many thanks.

Doug

Le présent message et toutes les pièces jointes qui l'accompagnent contiennent de l'information confidentielle ou protégée destinée uniquement à la personne ou à l'entité à laquelle elle est adressée. Toute diffusion, distribution, copie ou autre action concernant son contenu par une autre personne que son destinataire est strictement interdit. Si vous avez reçu ce message par erreur, veuillez m'en informer immédiatement à l'adresse ci-dessus et l'effacer. Merci.

This message and accompanying attachments contain confidential or privileged information that is intended only for the use of the individual or entity to whom it is addressed. Any dissemination, distribution, copying or action taken in reliance on the contents of this communication by anyone other than the intended recipient is strictly prohibited. If you have received this communication in error, please notify me immediately at the above e-mail address and delete the e-mail. Thank you.

**Pages 246 to / à 267
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article**

23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Desjardins, Josée

From: Cadieux, Luc
Sent: 2012-Oct-04 3:28 PM
To: Ferguson, Allan; Parker, Andrew
Cc: Beaudette, Catheryne; Bell, Caroline; Bryden, Cathleen; Butovsky, Yaron; Cadieux, Luc; D'Avignon, Colette; Desjardins, Josée; Ferguson, Allan; Fortin, Véronique; Lobo, Betty Ann; Michaudville, Martin; Parker, Andrew; Price, Brenda; Seguin, Andre; Vaillancourt, Normand
Subject: RE: Intelligence and Evidence Working Group

Allan,





Luc

From: Ferguson, Allan
Sent: October-03-12 11:36 AM
To: Parker, Andrew
Cc: * Lit Branch - NSG - LAWYERS
Subject: RE: Intelligence and Evidence Working Group

Thanks, Andrew.



Allan

From: Parker, Andrew
Sent: 2012-Oct-03 11:06 AM
To: Ferguson, Allan
Subject: RE: Intelligence and Evidence Working Group

Hi Allan,



-Andrew

s.21(1)(a)

From: Desjardins, Josée

s.21(1)(b)

Sent: 2012-Oct-02 2:59 PM

s.23

To: Beaudette, Catheryne; Bell, Caroline; Bryden, Cathleen; Butovsky, Yaron; Cadieux, Luc; D'Avignon, Colette; Ferguson, Allan; Fortin, Véronique; Michaudville, Martin; Parker, Andrew; Price, Brenda; Seguin, Andre; Vaillancourt, Normand

Cc: Schmidt, E. Anne

Subject: FW: Intelligence and Evidence Working Group

Importance: High

I will be attending this meeting next week.

ANNE: add to agenda

Merci.

J

From: Breithaupt, Doug

Sent: 2012-Oct-01 5:11 PM

To: Cohen, Stanley; Slatkoff, Ari; 'Janice MULLETT'; Scrivens, Mark; Ferguson, Allan; Price, Brenda; Markham, Karen; Nguyen, Trang Dai; Desaulniers, Anouk; Normand, Gerard; Fernandes, Zuzana; Crosby, Adair; Pollard, Dorette; Evans, Christine; Boutzouvis, Bill; 'Brender, James'; Hendel, Ursula; Koster, Greg; Bellis, Judith; 'Blain, Christopher'; Batt, Robert; Desjardins, Josée; Shogilev, Matthew; 'Renaud, Josée-Anne'; 'imondou@pco-bcp.gc.ca'; Nelligan, Christopher (CRA); Berthiaume, Adèle; Sargent, Laurie; Chan, Judy (RCMP); Killaby, Peter C (PCO); Fitzgerald, Oonagh; Wilkins, Keith; Besner, Julie

Cc: Point-du-Jour, Marie Cléone

Subject: Intelligence and Evidence Working Group

Importance: High

There will be a meeting of the Intelligence and Evidence Working Group on **Thursday, October 11, 2012 from 2:30 p.m. to 4:30 p.m.** in Room 6015 in the East Memorial Building at 284 Wellington Street, Ottawa [REDACTED]

[REDACTED] Look forward to seeing you.

Please confirm your attendance with Marie Cléone Point-du-Jour at 613-952-5616.

Many thanks.

Doug

[REDACTED]

Le présent message et toutes les pièces jointes qui l'accompagnent contiennent de l'information confidentielle ou protégée destinée uniquement à la personne ou à l'entité à laquelle elle est adressée. Toute diffusion, distribution, copie ou autre action concernant son contenu par une autre personne que son destinataire est strictement interdit. Si vous avez reçu ce message par erreur, veuillez m'en informer immédiatement à l'adresse ci-dessus et l'effacer. Merci.

This message and accompanying attachments contain confidential or privileged information that is intended only for the use of the individual or entity to whom it is addressed. Any dissemination, distribution, copying or action taken in reliance on the contents of this communication by anyone other than the intended recipient is strictly prohibited. If you have received this communication in error, please notify me immediately at the above e-mail address and delete the e-mail. Thank you.

**Pages 272 to / à 300
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article**

23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

**Pages 301 to / à 332
are withheld pursuant to section
sont retenues en vertu de l'article**

23

**of the Access to Information Act
de la Loi sur l'accès à l'information**

Desjardins, Josée

From: Desjardins, Josée
Sent: 2013-Jan-24 3:22 PM
To: Breithaupt, Doug
Cc: Pollard, Dorette
Subject: RE: [REDACTED]

s.23

Hi Doug



See you tomorrow.

J

From: Breithaupt, Doug
Sent: 2013-Jan-09 2:58 PM
To: Wilkins, Keith; Koster, Greg; Pollard, Dorette; Goodwin, Cynthia; Chan, Judy (RCMP); Bouzigon, Mylène; Fitzgerald, Oonagh; Desjardins, Josée; Price, Brenda; Graham, Sandy; Brucker, Barney; Gray, Helen; MacKinnon, Robert (Civil Litigation); Tzemenakis, Gregory; Zoric, Marianne; Joyal, Francois; Salois, Pierre; Pless, Alexander; Mercier, Linda; Allain, Jane (DFAIT-JLT); Markowitz, Emma (DFAIT); Cohen, Stanley; Young, Kay; Sargent, Laurie
Cc: Point-du-Jour, Marie Cléone
Subject: [REDACTED]

You are invited to attend a meeting to be held on **Friday, January 18, 2012 from 3:30 p.m. to 5 p.m. in Room 5140 of the East Memorial Building** at 284 Wellington Street, Ottawa [REDACTED]

Many thanks.

Doug

Doug Breithaupt
Director and General Counsel
Criminal Law Policy Section
Department of Justice
East Memorial Building
284 Wellington Street
Ottawa, Ontario K1A 0H8
Tel: (613) 957-4743
Fax: (613) 941-9310

Le présent message et toutes les pièces jointes qui l'accompagnent contiennent de l'information confidentielle ou protégée destinée uniquement à la personne ou à l'entité à laquelle elle est adressée. Toute diffusion, distribution, copie ou autre action concernant son contenu par une autre personne que son destinataire est strictement interdit. Si vous avez reçu ce message par erreur, veuillez m'en informer immédiatement à l'adresse ci-dessus et l'effacer. Merci.

This message and accompanying attachments contain confidential or privileged information that is intended only for the use of the individual or entity to whom it is addressed. Any dissemination, distribution, copying or action taken in reliance on the contents of this communication by anyone other than the intended recipient is strictly prohibited. If you have received this communication in error, please notify me immediately at the above e-mail address and delete the e-mail. Thank you.