

[***]
2017 FC 136

[***]
2017 CF 136

[***] [***]

[***] [***]

[***]

[***]

[***] [***]

[***] [***]

INDEXED AS: X (RE)

RÉPERTORIÉ : X (RE)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, [***] and [***].

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, [***] et [***].

Editor’s Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Note de l’arrêtiſte : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Application seeking to clarify procedure when Government claiming that privilege pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, s. 18.1 applying in an in camera, ex parte proceeding — Class privilege applying to facts involving Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human source — Remaining issue whether redacted information produced to designated judge may be viewed in unredacted form by Court, Opposing Counsel, designated judge only, or not at all — Opposing Counsel, Government Counsel arguing respectively, inter alia, s. 18.1 must be interpreted strictly, literally; s. 18.1 having to be interpreted in way permitting designated judge to perform role as independent adjudicator — CSIS human source privilege not applicable to designated judges — Allowing designated judge to review unredacted information striking balance between s. 18.1 intent, Charter, s. 7 rights of CSIS human sources, designated judge’s statutory duties — Designated judge not counsel for Government’s litigation opponent — Section 18.1 must be interpreted in manner allowing designated judge to perform duties as independent adjudicator — CSIS having elevated duty of candour towards designated judges — S. 18.1 not barring designated judge from receiving information regarding CSIS human source — Strict, literal interpretation of s. 18.1 would compromise fairness, justice.

Renseignement de sécurité — Divulguſion de renseignements — Sources humaines — Demande visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l’application d’un privilège en vertu de l’art. 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d’une instance in camera, ex parte devant la Cour — Un privilège générique s’applique aux faits concernant une source humaine du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) — Il restait à savoir si les informations caviardées soumises au juge désigné peuvent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l’un ni l’autre — Les avocats adverses et les avocats du gouvernement ont soutenu respectivement, entre autres, que l’art. 18.1 doit être interprété de manière stricte et littérale et que l’art. 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d’exercer son rôle d’arbitre indépendant — Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS ne s’applique pas aux juges désignés — Le fait de permettre au juge désigné d’examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l’intention du législateur quant à l’art. 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l’art. 7 de la Charte et les fonctions judiciaires globales du juge désigné — Le juge désigné n’est pas la partie adverse des avocats du gouvernement — L’art. 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné de s’acquitter de ses fonctions à titre d’arbitre indépendant — Les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés — L’art. 18.1 n’interdit pas de signifier au juge des informations relatives à une source humaine du SCRS — Une interprétation stricte et littérale de l’art. 18.1 compromettrait les principes de l’équité et de la justice.

This was an application seeking to clarify the proper procedure to be followed when the Government claims that a

Il s’agissait d’une demande visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l’application d’un

privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) applies in an *in camera*, *ex parte* proceeding.

In *Canada (Attorney General) v. Almalki*, the Federal Court of Appeal determined that a class privilege applies to the facts involving a CSIS human source in the present case. The only remaining issue was whether the redacted information produced to the designated judge may be viewed in its unredacted form by both the Court and Opposing Counsel, the designated judge only, or not at all.

Opposing Counsel argued that the disclosure of the information to the Court in the absence of an application pursuant to subsection 18.1(4) was an inadvertent breach of the section 18.1 privilege and that the privilege should be restored by the withdrawal of the non-redacted operational report. Opposing Counsel submitted, *inter alia*, that the new section 18.1 statutory regime must be interpreted strictly and literally, and that if consent cannot be obtained to provide the designated judge with information identifying the CSIS human source, then the designated judge must evaluate the validity of the case accordingly. Counsel for the Government contended, *inter alia*, that information from which the identity of a CSIS human source may be inferred should be disclosed to the designated judge but not to the Opposing Counsel when a section 18.1 claim of privilege is put forward. Counsel for the Government also argued that section 18.1 must be interpreted in a way that permits the designated judge to perform his or her role as an independent adjudicator of issues under section 18.1.

At issue was whether the CSIS human source privilege contained in section 18.1 of the CSIS Act is applicable to the designated judge.

Held, the CSIS human source privilege created pursuant to 18.1 of the CSIS Act is not applicable to designated judges.

Allowing the designated judge to review the unredacted information strikes the appropriate balance between the legislative intent behind section 18.1, the Charter, section 7 rights of CSIS human sources, and the designated judge's overarching statutory duties to promote fairness and the proper administration of justice. The designated judge can receive disclosure of the unredacted information because he or she is not the Counsel for the Government's litigation opponent under the scope of the meaning of "disclosure" as enacted at subsection 18.1(2). Section 18.1 must be interpreted in a manner allowing the designated judge to perform his or her

privilege en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) dans le cadre d'une instance *in camera*, *ex parte* devant la Cour.

Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, la Cour d'appel fédérale a déterminé qu'un privilège générique s'applique aux faits concernant une source humaine du SCRS en l'espèce. Il restait donc à la Cour à statuer sur la possibilité que les informations caviardées soumises au juge désigné puissent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l'un ni l'autre.

Les avocats adverses ont soutenu que la communication des informations à la Cour en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) constituait une violation involontaire du privilège établi à l'article 18.1, ce que devrait régler le retrait du rapport opérationnel non caviardé. Les avocats adverses ont entre autres soutenu qu'il est nécessaire de donner au nouveau régime législatif établi à l'article 18.1 une interprétation stricte et littérale, et que s'il est impossible d'obtenir le consentement quant à la communication au juge désigné d'informations sur l'identité de la source du SCRS, alors le juge désigné doit évaluer en conséquence la validité du dossier dont il est instruit. Les avocats du gouvernement soutiennent entre autres qu'en cas de réclamation du privilège établi à l'article 18.1, il y aurait lieu de communiquer les informations qui permettraient de découvrir l'identité d'une source humaine du SCRS au juge désigné, mais pas aux avocats adverses. Ils soutiennent également que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d'exercer son rôle d'arbitre indépendant quant aux questions relevant de l'article 18.1.

Il s'agissait de savoir si le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique au juge désigné.

Jugement : Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés.

Le fait de permettre au juge désigné d'examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l'intention du législateur quant à l'article 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l'article 7 de la Charte et les fonctions judiciaires globales du juge désigné, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice. Les informations non caviardées peuvent être communiquées au juge désigné, celui-ci n'étant pas la partie adverse des avocats du gouvernement, quant à la portée de la signification de « communication » telle qu'elle a été adoptée au paragraphe 18.1(2). L'article 18.1 doit être interprété de manière

duties as an independent adjudicator. The designated judge may have good reasons to ask for the identity of the CSIS human source in warrant applications under the CSIS Act, in certificate proceedings under the *Immigration and Refugee Protection Act*, and in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act*. Parliament cannot have intended to bar the designated judge from requesting CSIS human source information in these types of proceedings through the enactment of the section 18.1 CSIS human source privilege. Counsel for CSIS have an elevated duty of candour towards the designated judges presiding over *ex parte*, *in camera* hearings, which obliges them to be fully frank and open with the Court. The section 18.1 CSIS human source privilege does not bar the judge from receiving notice of certain information regarding a CSIS human source that may impact a proceeding. If Parliament had wanted to diminish the scope of the duty of candour imposed upon Government Counsel, it would have addressed this explicitly. Overall, the consequences of strictly and literally interpreting the new section 18.1 CSIS human source privilege are extreme and would significantly impact the ability of designated judges to ensure fairness and the proper administration of justice. The fundamental principles of fairness and justice would otherwise be compromised. Designated judges have reached an appropriate level of judicial insight and experience into the field of national security. The legislator did not intend to destroy years' worth of procedural and substantive jurisprudential evolution when it enacted the section 18.1 CSIS human source privilege. The proposed strict, literal, and limited textual legislative interpretation would smother many important aspects of the practical application of the national security legal framework. The practical context in which the new section 18.1 privilege operates must be taken into consideration; it must be interpreted as fitting within the framework, not eradicating substantive and procedural rights that have been developed over time with great difficulty.

à permettre au juge désigné de s'acquitter de ses fonctions à titre d'arbitre indépendant. Le juge désigné peut avoir de bonnes raisons de demander à connaître l'identité de la source humaine dans les demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS, dans les instances relatives aux certificats en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et dans les procédures relatives à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le législateur, en créant un privilège relatif aux sources humaines du SCRS par l'adoption de l'article 18.1, n'a pas pu avoir l'intention d'interdire au juge désigné de demander des informations sur les sources humaines du SCRS dans ces types d'instances. Les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés qui président des audiences *ex parte* et à huis clos. Partant, ils doivent faire preuve de franchise et d'ouverture envers la Cour. Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 n'interdit pas de signifier au juge des préoccupations au sujet d'informations relatives à une source humaine du SCRS qui pourraient avoir une incidence sur l'instance sous-jacente. Si le législateur avait voulu restreindre la portée de l'obligation de franchise imposée aux avocats du gouvernement, il l'aurait mentionné explicitement. Dans l'ensemble, l'interprétation stricte et littérale du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 aurait des conséquences très graves qui nuiraient énormément à la capacité des juges désignés d'assurer l'équité et la bonne administration de la justice. Sinon, les principes fondamentaux de l'équité et de la justice seraient compromis. Les juges désignés ont acquis suffisamment de discernement et d'expérience sur le plan judiciaire dans le domaine de la sécurité nationale. Le législateur, en adoptant l'article 18.1 qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, n'avait pas l'intention de réduire à néant des années d'une évolution importante de la jurisprudence et de la procédure. Une interprétation stricte, littérale et purement textuelle, comme elle a été proposée, saperait de nombreux aspects importants de l'application pratique du cadre juridique de la sécurité nationale. Il est nécessaire de tenir compte du contexte pratique dans lequel s'applique le nouveau privilège établi à l'article 18.1 et de l'interpréter de manière à ce qu'il s'inscrive dans le cadre, pas de manière à ce qu'il détruise des droits fondamentaux et procéduraux élaborés au fil du temps aux prix de grands efforts.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.01(6)(d), 39.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.01(6)d), 39.
Loi sur la prévention des voyages de terroristes, L.C. 2015, ch. 36, art. 42.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “judge”, 18.1.
Charities Registration (Security Information) Act, S.C. 2001, c. 41, s. 113.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 87.
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5.
Prevention of Terrorist Travel Act, S.C. 2015, c. 36, s. 42.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.
Secure Air Travel Act, S.C. 2015, c. 20, s. 11.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21.
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.
Loi sur la sûreté des déplacements aériens, L.C. 2015, ch. 20, art. 11.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « juge », 18.1.
Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité), L.C. 2001, ch. 41, art. 113.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 87.

CASES CITED

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143; *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, “disclosure”.

APPLICATION seeking to clarify the proper procedure to be followed when the Government claims that a privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* applies in an *in camera*, *ex parte* proceeding. The human source privilege created pursuant to section 18.1 is not applicable to designated judges.

APPEARANCES

[***][***]
 [***]
 [***] [***]

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Harkat (Re)*, 2009 CF 553; *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, « disclosure ».

DEMANDE visant à préciser la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l'application d'un privilège en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* dans le cadre d'une instance *in camera*, *ex parte* devant la Cour. Le privilège relatif aux sources humaines établi à l'article 18.1 ne s'applique pas aux juges désignés.

ONT COMPARU

[***] [***]
 [***]
 [***] [***]

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada [***]
 [***] [***]
 [***]
 [***]

The following is the public judgment and reasons rendered in English by

NOËL J.:

(Note: paragraph 2 was redacted and replaced in this public judgment and reasons.)

I. Introduction	1
II. Opposing counsel's submissions	7
III. Counsel for the Government's submissions	13
IV. Issue	19
V. Analysis	20
A. Overview of the new CSIS human source privilege	20
B. General findings and principles of interpretation	25
C. Effects of the new privilege on various areas of law relating to national security	36
(1) Warrant applications under the CSIS Act	36
(2) Certificate proceedings under IRPA	37
(3) Section 38 of the <i>Canada Evidence Act</i>	39
D. Duty of candour	43
VI. Conclusion	48

I. INTRODUCTION

[1] Given that parts of these reasons will be redacted in order to allow for publication, certain terms [***] have been replaced by much broader terms in order to obfuscate information which may tend to identify the case and type of proceeding before the Court for national security reasons. [***] The purpose of this approach is to make these reasons as public as possible without

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sous-procureur général du Canada [***]
 [***] [***]
 [***]
 [***]

Voici le jugement et les motifs publics rendus en français par

LE JUGE NOËL :

(Note : le paragraphe 2 a été caviardé et remplacé pour les fins de ce jugement et motifs publics.)

I. Introduction	1
II. Observations des avocats adverses	7
III. Observations des avocats du gouvernement	13
IV. Question	19
V. Analyse	20
A. Aperçu du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS	20
B. Constatations générales et principes d'interprétation	25
C. Effets du nouveau privilège sur différents domaines du droit relatifs à la sécurité nationale	36
1) Demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS	36
2) Instances relatives aux certificats (LIPR)	37
3) Article 38 de la <i>Loi sur la preuve au Canada</i>	39
D. Obligation de franchise	43
VI. Conclusion	48

I. INTRODUCTION

[1] Étant donné que les présents motifs seront caviardés en partie pour en permettre la publication, des termes [***] ont été remplacés par des termes beaucoup plus généraux afin de dissimuler les informations qui pourraient permettre de reconnaître l'affaire et le type d'instance, et ce, pour des motifs liés à la sécurité nationale. [***] Cette démarche vise à ce que les présents

disclosing anything that could be interpreted as being related to a particular file or proceeding.

[2] [See note above.] An issue arose, in a proceeding before the Court, regarding the proper procedure to be followed when the Government claims a privilege pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* [R.S.C., 1985, c. C-23] (CSIS Act) applies in an *in camera, ex parte* proceeding.

[3] As a result, Government Counsel and Opposing Counsel disagreed on the applicability of the privilege claimed. They also disagreed, if a privilege does indeed exist, on whether it forbids the designated judge from reading the unredacted operational report.

[4] The undersigned received submissions from Government Counsel and Opposing Counsel on both issues and took the matter under reserve. Since the issues of scope and temporal applicability of the privilege were the subject matters of an appeal to the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44 (*Almalki* 2016), the matter was put on hold until that decision was rendered in July 2016.

[5] As a result of the *Almalki* 2016 decision, the issue of privilege is now resolved: a class privilege applies to the facts involving a CSIS human source in the present case.

[6] The only remaining issue before the Court today is whether the redacted information produced to the designated judge [***] may be viewed in its unredacted form by both the Court and Opposing Counsel, the designated judge only, or not at all. Opposing Counsel first contend that the unredacted information ought never to be produced to any person. Second, alternatively, they contended that both Opposing Counsel and the designated judge ought to receive the information. Government Counsel take the position that the section 18.1 CSIS human source privilege is not meant to be applicable to the designated judge. This is the only legal issue I will be

motifs puissent être rendus publics autant que possible sans que transparaisse quoi que ce soit qui peut les lier à un dossier ou à une instance en particulier.

[2] [Voir la note ci-haut.] Dans le cadre d'une instance *in camera, ex parte* devant la Cour, celle-ci a eu à se prononcer sur la procédure à respecter lorsque le gouvernement invoque l'application d'un privilège en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* [L.R.C. (1985), ch. C-23] (Loi sur le SCRS).

[3] Les avocats du gouvernement et les avocats adverses ont adopté des positions divergentes sur l'applicabilité du privilège réclamé. En outre, ils n'étaient pas d'accord sur la possibilité que le privilège, s'il existe effectivement, interdise au juge désigné de lire le rapport opérationnel non caviardé.

[4] Le soussigné a reçu les observations des avocats du gouvernement et des avocats adverses sur les deux questions et a mis l'affaire en délibéré jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale se prononce en juillet 2016 dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44 (*Almalki* 2016), car les questions de la portée et de l'applicabilité du privilège dans le temps étaient au cœur de cet appel.

[5] L'arrêt *Almalki* 2016 a réglé la question du privilège : en l'espèce, un privilège générique s'applique aux faits concernant une source humaine du SCRS.

[6] Il reste donc à la Cour à statuer sur la possibilité que les informations caviardées soumises au juge désigné, qui faisaient partie de ce que le gouvernement avait l'obligation de divulguer, puissent être lues sous leur forme non caviardée soit par la Cour et les avocats adverses, soit par le juge désigné seulement, soit par ni l'un ni l'autre. Les avocats adverses soutiennent que les informations non caviardées ne devraient jamais être fournies à quiconque ou que, subsidiairement, tant les avocats adverses que le juge désigné puissent en prendre connaissance. Les avocats du gouvernement sont d'avis que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS

dealing with. In regard to the question of whether or not the Opposing Counsel have a right to view the redacted information, the submissions presented are so limited that I must leave this issue to be resolved in another proceeding.

II. OPPOSING COUNSEL'S SUBMISSIONS

[7] In regard to whether or not the designated judge may access the unredacted operational report, the Opposing Counsel argue that the disclosure of the information to the Court in the absence of an application pursuant to subsection 18.1(4) was an inadvertent breach of the section 18.1 privilege. The privilege should be restored by the withdrawal of the non-redacted operational report.

[8] The Opposing Counsel's written submissions addressing whether the section 18.1 CSIS human source privilege is applicable to the designated judge were particularly succinct. I insert them here:

The [Opposing Counsel] consider s.18.1 to be unconstitutional, in that it purports to deny the judge and [Opposing Counsel] access to any information from which the identity of a human source could be inferred, without distinguishing among circumstances in which such disclosure might be required in the interests of justice, and thus interferes with their constitutionally mandated roles pursuant to [***] the *Charter*. However, this is not a circumstance in which the [Opposing Counsel] consider it appropriate to launch a constitutional challenge.

[9] The Opposing Counsel added to the brief written submissions on the topic over the course of a hearing on the matter. First and foremost, Opposing Counsel submitted that the new section 18.1 statutory regime must be interpreted strictly and literally. Following the enactment of the section 18.1 CSIS human source privilege, the source is on equal footing with the Service in regard to taking decisions relating to the disclosure of information identifying, or tending to identify the identity of the intelligence human source. Opposing Counsel contend that, if the ministers cannot obtain the consent of both

établi à l'article 18.1 n'est pas censé s'appliquer au juge désigné. Il s'agit de la seule question de droit sur laquelle je me prononcerai. En ce qui a trait au droit éventuel des avocats adverses de prendre connaissance des informations caviardées, le caractère très succinct des observations présentées m'amène à laisser cette question se régler dans le cadre d'une autre instance.

II. OBSERVATIONS DES AVOCATS ADVERSES

[7] Au sujet de la possibilité que le juge désigné puisse consulter le rapport opérationnel non caviardé, les avocats adverses soutiennent que la communication des informations à la Cour en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) a constitué une violation involontaire du privilège établi à l'article 18.1, ce que devrait régler le retrait du rapport opérationnel non caviardé.

[8] Les avocats adverses ont soumis des observations particulièrement succinctes sur l'applicabilité au juge du privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1. Les voici :

[TRADUCTION] Les [avocats adverses] considèrent que l'article 18.1 est inconstitutionnel, car il a pour effet de refuser au juge et aux [avocats adverses] l'accès à toute information qui permettrait de découvrir l'identité d'une source humaine, et ce, sans distinction, alors que dans certaines circonstances, une telle divulgation pourrait servir l'intérêt de la justice. Cette disposition leur nuit donc dans l'exercice de leur rôle obligatoire en vertu de la Constitution quant [***] à la Charte. Toutefois, en l'espèce, les [avocats adverses] ne considèrent pas qu'il est judicieux de contester la constitutionnalité de l'article.

[9] Au cours d'une audience relative à l'affaire, les avocats adverses ont quelque peu précisé leurs brèves observations écrites. En premier lieu, ils ont soutenu qu'il est nécessaire de donner au nouveau régime législatif établi à l'article 18.1 une interprétation stricte et littérale. Depuis l'adoption de l'article 18.1, qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, la source humaine de renseignements est sur un pied d'égalité avec le Service en ce qui a trait à la prise de décisions relative à la communication d'informations sur son identité ou d'informations qui permettraient de

the Director of the CSIS and of the CSIS human source to provide the designated judge with information identifying, or tending to identify the CSIS human source, then the designated judge must evaluate the validity of the case before him or her accordingly (see transcript page 40 for details).

[10] In regard to the duty to provide information stemming from *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*), Opposing Counsel contend that the section 18.1 scheme of necessitating consent from the Director of the CSIS and the CSIS human source to provide information identifying, or tending to identify, the CSIS human source meets the requirements of *Ruby*. In the alternative, if the section 18.1 scheme does not meet the duty of disclosure under *Ruby*, then it is the statute's intended effect.

[11] I must admit that I have much difficulty reconciling the position taken by the Opposing Counsel in this case [***] As such, given that the written submissions on the subject were limited in length, I put forward my concerns to Opposing Counsel over the course of the oral submissions. Given that a thorough understanding of the issues benefits all, I insert here extracts I think are relevant to confirming and completing Opposing Counsel's written position:

Justice Noël: Are you saying as a [Opposing Counsel] that this Court does not have the jurisdiction without a motion to view a source's information to the point of even being able to identify? Is that what you are saying to this Court? The big concern I have is this.

[Opposing Counsel]: Just to be clear, our position is that the statute precludes anyone, you or us, from getting access to the identity of the source in the absence of a section 18.1(4) application or 18.1(3).

Justice Noël: How would I be assuming my responsibilities [***] to use one example? [***] I have an obligation

découvrir son identité. Selon les avocats adverses, si les ministres ne sont pas en mesure d'obtenir le consentement du directeur du SCRS et de la source quant à la communication au juge désigné d'informations sur l'identité de la source ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité, alors le juge désigné doit évaluer en conséquence la validité du dossier dont il est instruit (pour en apprendre davantage, voir à la page 40 de la transcription).

[10] Les avocats adverses soutiennent que le régime de l'article 18.1, qui exige d'obtenir le consentement du directeur du SCRS et de la source humaine du SCRS pour fournir des informations sur l'identité de cette dernière ou des informations qui permettraient de découvrir cette identité, répond aux exigences découlant de l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 (*Ruby*), quant à la communication d'informations ou, subsidiairement, si ce n'est pas le cas, qu'il s'agit là de l'effet souhaité par le législateur.

[11] Je dois admettre que j'ai beaucoup de mal à concilier la position des avocats adverses en l'espèce [***] Ainsi, en raison de la brièveté des observations écrites à ce propos, j'ai fait part de mes préoccupations aux avocats adverses pendant l'audition des observations orales. Dans la mesure où il est avantageux pour tous de bien comprendre les questions, je donne ici quelques extraits de ces interventions qui, à mon avis, confirment et complètent de façon pertinente la position écrite des avocats adverses :

Juge Noël : Affirmez-vous, à titre d'avocat adverse, que cette Cour n'a pas le pouvoir, en l'absence de demande, de consulter les informations relatives à une source qui pourraient permettre de découvrir son identité? Est-ce cela que vous affirmez à la Cour? C'est ce qui me préoccupe grandement.

[Avocats adverses] : Précisons-le : nous sommes d'avis que la loi interdit à quiconque, que ce soit vous ou nous, d'avoir accès à l'identité de la source en l'absence d'une demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) ou des consentements dont il est question au paragraphe 18.1(3).

Juge Noël : Comment pourrais-je m'acquitter de mes responsabilités à l'égard de la [***] pour ne donner que

to view the information and decide what can be made public through a summary or not. [***]

[Opposing Counsel]: The way this new provision is meant to operate, and it changes the landscape, in my respectful submission, from what existed previously, this provision is meant to operate on – your access or the Court’s access to the privileged information is triggered by an application under 18.1(4). [...] [Transcript pages 4–5]

...

Justice Noël: I hear you. I hear everything you are saying. But what I hear is counsel are telling this Court that the tools we have to operate in the interests of justice should not exist anymore while you have CSIS, the Government of Canada, arguing differently. I’m extremely surprised. [***] I’m surprised that you are putting forward this type of argument.

[Opposing Counsel]: You may be surprised, but it follows from the statute and the statute creates a brand new regime.... [Transcript page 10]

...

Justice Noël: I don’t see the bridge you are doing. I will repeat, I will not go so far as—you are so mindset in getting access to that potential power that you are ready to take it away from the judge at the cost of making a big fight, a constitutional fight, at the end to declare that this 18.1 is—that is, in essence, what I hear.

[Opposing Counsel]: I’m not trying to have a constitutional argument. That’s not going to arise in this case.

Justice Noël: But the potential price you are asking the system is the whole thing falls apart because us [Opposing Counsel] do not have the same rights as the judge because we don’t think the judge has the right to view it. “If you, judge, view this information, we must see it.” That is what I hear from you....

Justice Noël: And I’m going to say that you raised this argument without even putting any substance into it. So you’re not helping the Court at all. [Transcript pages 13-14]

cet exemple? La [***] m’impose d’examiner les informations et de déterminer lesquelles peuvent être rendues publiques dans un résumé. Je vous entends maintenant dire que, [***]

[Avocats adverses] : À mon humble avis, cette nouvelle disposition change la donne. Son fonctionnement est censé reposer sur le fait que vous avez accès aux informations confidentielles, ou que la Cour y a accès, si une demande est présentée au titre du paragraphe 18.1(4) [...] [Transcription, pages 4 et 5.]

[...]

Juge Noël : Je vous suis. J’entends tout ce que vous me dites. Toutefois, ce que j’entends, ce sont des avocats qui disent à la Cour que les outils dont elle dispose pour agir dans l’intérêt de la justice ne devraient plus exister, tandis que le SCRS et le gouvernement du Canada ne sont pas du même avis. Je suis extrêmement surpris. Je vois [***] Cela m’étonne que vous avanciez des arguments de ce genre.

[Avocats adverses] : Cela vous surprend peut-être, mais cela découle de la loi, et la loi établit un tout nouveau régime [...] [Transcription, page 10.]

[...]

Juge Noël : Je ne vois pas le lien que vous établissez. Je répète, je n’irai pas jusqu’à... vous êtes tellement résolu à obtenir éventuellement ce pouvoir que vous êtes prêt à le retirer au juge au prix d’une lutte intense, d’une contestation constitutionnelle en fin de compte, pour déclarer que cet article 18.1 est... en gros, c’est ce que j’entends.

[Avocats adverses] : L’idée n’est pas de lancer une contestation constitutionnelle. En l’espèce, cela n’arrivera pas.

Juge Noël : Mais le prix que vous voulez faire payer au système, c’est son effondrement, parce que les [avocats adverses] n’ont pas les mêmes droits que le juge, parce qu’ils estiment que le juge n’a pas le droit de voir les informations. « Si vous, le juge, consultez ces informations, alors il nous faut pouvoir les consulter ». C’est ce que je vous entends dire [...]

Juge Noël : Selon moi, vous avez soulevé cet argument sans y mettre la moindre substance. Vous n’aidez pas du tout la Cour. [Transcription, pages 13 et 14.]

...

Justice Noël: You being a very experienced lawyer pushing this argument, you realize that you are limiting the designated judge's power, [***] You are even limiting now with an extensive argument that Ruby may be limited when it comes to human source information. And you are limiting, through your argument now, [***] will therefore, in the future, be limited. As [Opposing Counsel], officers of the Court, if I follow your argument to the extent that I am pushing you, you are saying "Yes, that's the way it has to be. That's the way we're reading it."

[Opposing Counsel]: I don't want to sort of rehash this, but I do want to say that the position we are advancing before you is how we read this statute, which is why I should say we think this statute is infirm, and it's infirm for a variety of reasons.

Justice Noël: But interpretation of statutes says, "Hey, don't look at the facts only. You have to look at the whole thing."

[Opposing Counsel]: Right.

Justice Noël: That's clear now. You are doing a strict literal interpretation.

[Opposing Counsel]: The reason I am doing this, my Lord—.... [Transcript pages 54-55]

...

[Opposing Counsel]: ... [O]ur position is that the security of the information to you is equivalent to the security of to us. [Transcript page 56]

...

Justice Noël: It's the world upside down for me. CSIS is arguing openness and you are arguing closed-ness. It's unbelievable.

[Opposing Counsel]: I know. It's—and we were talking about this before, actually, amongst us, about the interpretation of the provision. The concern on our side and the conclusion we reached is we have to deploy a strict interpretation in this way. We concluded that the provision can operate flexibly to give information to

[...]

Juge Noël : Vous êtes un avocat très expérimenté, et vous réalisez que, par vos arguments, vous plaidez pour la diminution du pouvoir du juge désigné, [***] Vous soutenez même, au moyen d'arguments approfondis, que la portée de l'arrêt *Ruby* peut être limitée lorsqu'il s'agit d'informations de source humaine. Maintenant, au moyen de vos arguments, vous avancez que les progrès que nous avons réalisés ensemble [***] seront donc aussi limités. Si je suis jusqu'au bout les arguments que vous me présentez à titre d'[avocat adverse], de fonctionnaire judiciaire, vous me dites : « Oui, c'est ainsi que cela doit se passer. C'est ce que nous en comprenons ».

[Avocats adverses] : Je ne veux pas me répéter, mais je tiens à dire que ce que nous avançons ici, c'est notre interprétation de cette disposition, et c'est pourquoi je devrais dire que nous croyons que cette disposition est boiteuse, et ce, pour diverses raisons.

Juge Noël : Mais l'interprétation des lois consiste à ne pas considérer uniquement les faits, mais le portrait global.

[Avocats adverses] : En effet.

Juge Noël : C'est maintenant clair. Vous en faites une interprétation stricte et littérale.

[Avocats adverses] : La raison pour laquelle je procède ainsi, Monsieur le Juge — [...] [Transcription, pages 54 et 55.]

[...]

[Avocats adverses] : [...] [N]ous sommes d'avis que la sécurité des informations est équivalente tant pour vous que pour nous. [Transcription, page 56.]

[...]

Juge Noël : Pour moi, c'est le monde à l'envers. Le SCRS plaide l'ouverture, et vous plaidez l'opacité. C'est incroyable.

[Avocats adverses] : Je sais. C'est... nous en avons parlé avant, en fait, entre nous, de l'interprétation de la disposition. Notre préoccupation, et la conclusion à laquelle nous sommes parvenus, c'est que nous devons ainsi adopter une interprétation stricte. Nous avons conclu que la disposition peut fonctionner avec souplesse afin que

designated judges. It's all about identity and it's all about consents.... [Transcript, page 58]

les juges désignés puissent avoir accès aux informations. Tout repose sur l'identité et les consentements. [...] [Transcription, page 58.]

[12] Following the oral hearing, the Opposing Counsel's position was made clear: they are advocating for a strict and literal interpretation of the new section 18.1 scheme. In the next section, I will detail the interpretation proposed by Counsel for the Government.

[12] Après l'audition des observations orales, la position des avocats adverses était claire : ils soutiennent que le nouveau régime établi à l'article 18.1 doit être interprété de façon stricte et littérale. Dans la prochaine section, j'expose en détail l'interprétation proposée par les avocats du gouvernement.

III. COUNSEL FOR THE GOVERNMENT'S SUBMISSIONS

III. OBSERVATIONS DES AVOCATS DU GOUVERNEMENT

[13] Counsel for the Government contend that the protection of a CSIS human source's life and security stemming from the effect of section 18.1 is compatible with the Court's statutory duties under the relevant legislative regime. Information from which the identity of a CSIS human source may be inferred should be disclosed to the designated judge but not to the Opposing Counsel when a section 18.1 claim of privilege is put forward. The proper purposive interpretation of section 18.1 of the CSIS Act should respect the CSIS human source's section 7 rights [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] (liberty and security) all the while permitting the Court to fulfill its statutory duties.

[13] Les avocats du gouvernement soutiennent que les mesures de protection de la vie et de la sécurité d'une source humaine du SCRS prévues à l'article 18.1 sont compatibles avec les obligations de la Cour en fonction de la loi, au titre de la législation applicable. En cas de réclamation du privilège établi à l'article 18.1, il y aurait lieu de communiquer les informations qui permettraient de découvrir l'identité d'une source humaine du SCRS au juge désigné, mais pas aux avocats adverses. Selon l'interprétation téléologique adéquate, l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS devrait permettre de respecter les droits garantis par l'article 7 [*Charte canadienne des droits et libertés*] (liberté et sécurité) à la source humaine du SCRS tout en permettant à la Cour de s'acquitter de ses obligations en fonction de la loi.

[14] The wording of subsection 18.1(2), which prohibits disclosure of CSIS human source information, does not specifically address which party is barred from receiving disclosure. Counsel for the Government contend that in a litigation context, disclosure is understood as disclosure to one's litigation opponent. Counsel for the Government rely on *Black's Law Dictionary's* definition of "disclosure" to support this interpretation: "the act or process of making known something that was previously unknown" or the "mandatory divulging of information to litigation opponent according to procedural rules." Consequently, Counsel for the Government submit that the Court is not the "litigation opponent" of the Counsel for the Government. They argue that section 18.1 must be interpreted in a way that permits the designated judge to perform his or her role as an independent adjudicator

[14] Le paragraphe 18.1(2) ne précise pas explicitement à qui la communication d'informations relatives à une source humaine du SCRS est interdite. Les avocats du gouvernement soutiennent que, dans le contexte d'un litige, s'entend par « communication » la divulgation d'informations à la partie adverse. Ils appuient leur interprétation sur la définition de « disclosure » (« communication » dans le présent contexte) donnée dans le *Black's Law Dictionary* : [TRADUCTION] « acte ou processus visant à dévoiler ce qui était caché » ou « divulgation obligatoire d'informations à la partie adverse, conformément aux règles de procédure ». En conséquence, les avocats du gouvernement soutiennent que la Cour n'est pas leur « partie adverse » et que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné d'exercer son rôle d'arbitre indépendant quant aux questions

of issues under section 18.1. They add that disclosure to the designated judge ensures that the Counsel for the Government are not the sole arbiters of what information should or should not be disclosed to any other party. In practice, the designated judge may be provided the CSIS human source information in order to assess whether the privilege exists or if the innocence at stake exception applies.

[15] Counsel for the Government add that, generally speaking, when Parliament intends for judges to be prohibited from examining information, it explicitly states so in law. Counsel for the Government refer to subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, regarding Cabinet confidences, as one amongst other examples:

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5

Confidences of the Queen’s Privy Council for Canada

Objection relating to a confidence of the Queen’s Privy Council

39 (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen’s Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body. [Emphasis added.]

[16] In response to Counsel for the Government’s argument that section 39 of the *Canada Evidence Act*, in regard to Cabinet confidences, explicitly bars judges from receiving any form of unredacted information, the Opposing Counsel contends that the stated purpose of the [section] 18.1 privilege is to protect the section 7 Charter rights of the CSIS human source and the fact that subsection 18.1(2) includes the words “no person shall ... disclose” differentiates the two statutory regimes.

relevant de l’article 18.1. Il ajoute que la communication d’informations au juge désigné assure que les avocats du gouvernement ne sont pas la seule partie à déterminer quelles informations il convient de communiquer à une autre partie. En pratique, il est possible de fournir au juge les informations relatives à la source humaine du SCRS pour lui permettre d’évaluer si le privilège existe ou si l’exception relative à la démonstration de l’innocence s’applique.

[15] Les avocats du gouvernement ajoutent qu’en général, le législateur exprime clairement dans le libellé de la loi son intention d’interdire aux juges d’examiner des informations. Entre autres exemples, ils renvoient au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui traite des renseignements confidentiels du Cabinet :

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5

Renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada

Opposition relative à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada

39 (1) Le tribunal, l’organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s’opposent à la divulgation d’un renseignement, tenus d’en refuser la divulgation, sans l’examiner ni tenir d’audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada. [Non souligné dans l’original.]

[16] Selon les avocats du gouvernement, en ce qui a trait aux renseignements confidentiels du Cabinet, l’article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* interdit explicitement aux juges de recevoir toute forme d’informations non caviardées. En réponse à cet argument, les avocats adverses soutiennent que le privilège établi à l’article 18.1 a pour objectif déclaré de protéger les droits garantis à la source humaine du SCRS par l’article 7 de la Charte et que la présence du segment « nul ne peut communiquer » au paragraphe 18.1(2) établit une distinction entre les deux régimes.

[17] Counsel for the Government also submit that the Supreme Court of Canada, in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat* 2014), at paragraph 46, confirmed that the designated judge plays the role of gatekeeper in *ex parte*, *in camera* proceedings:

....The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account "considerations of fairness and natural justice" when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*....

[18] In regard to the steps following the determination of whether the claim of privilege is valid or not, Counsel for the Government posit that the section 18.1 scheme does not prevent alternatives to disclosure of information identifying, or tending to identify the CSIS human source. For example, the scheme does not prevent the issuance of summaries of the information that do not identify the source. In addition, even if the designated judge sees the CSIS human source information, he or she can choose to give no weight to the information, refuse to order the warrant, refuse to declare a certificate reasonable etc. A purposive interpretation of the [section] 18.1 scheme allows the jurisdiction of designated judges overseeing national security matters to function unimpeded across multiple legal topics all the while fulfilling the enactment's intended purpose, which is to protect the disclosure of sensitive information identifying, or tending to identify a CSIS human source. Counsel for the Government are cognizant of the fact that adopting such an interpretation will impact other files.

IV. ISSUE

[19] Is the CSIS human source privilege contained in section 18.1 of the CSIS Act applicable to the designated judge?

[17] En outre, les avocats du gouvernement sont d'avis que, dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat* 2014), au paragraphe 46, la Cour suprême du Canada a confirmé que le juge désigné joue le rôle de gardien dans les instances *ex parte* et à huis clos :

[...] Il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable : [...] D'ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu'il tienne compte des « considérations d'équité et de justice naturelle » dans l'instruction de l'instance : al. 83(1)a) *LIPR* [...]

[18] Au sujet des étapes suivant la décision relative à la validité de la réclamation du privilège, les avocats du gouvernement avancent que le régime de l'article 18.1 n'empêche pas les solutions de rechange à la communication d'information sur l'identité de la source humaine du SCRS ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité. À titre d'exemple, le régime n'interdit pas la production de résumés des informations qui n'établissent pas l'identité de la source. En outre, même s'il prend connaissance des informations relatives à la source humaine du SCRS, le juge désigné peut décider de ne leur accorder aucun crédit et peut, entre autres, refuser de décerner un mandat ou de conclure au caractère raisonnable d'un certificat. L'interprétation téléologique du régime de l'article 18.1 permet aux juges désignés qui sont chargés de dossiers relatifs à la sécurité nationale de traiter sans entraves de nombreuses questions juridiques tout en respectant l'objectif énoncé de la disposition, c'est-à-dire établir une mesure de protection relative à la communication d'informations sensibles sur l'identité de sources humaines du SCRS ou d'informations qui permettraient de découvrir cette identité. Les avocats du gouvernement sont conscients que l'adoption d'une telle interprétation aura une incidence sur d'autres dossiers.

IV. QUESTION

[19] Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique-t-il au juge désigné?

V. ANALYSIS

A. Overview of the new CSIS human source privilege

[20] As a result of *Harkat* 2014, which found that CSIS human sources were not protected by a class privilege, the legislator amended the CSIS Act to create such a new statutory privilege. The purposes of this new privilege are to ensure that the identity of CSIS human sources remains confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the CSIS (subsection 18.1(1) of the CSIS Act).

[21] As such, in any proceeding before a court, disclosure of the identity of a CSIS human source, or any information from which the identity of a CSIS human source may be identified, is forbidden (subsection 18.1(2) of the CSIS Act). As Counsel for the Government have argued, subsection 18.1(2) of the CSIS Act does not specify to whom disclosure should be prohibited. As I interpret it, the privilege is applicable to: courts with jurisdiction to compel the production of information or to disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred; to judges; to parties; and of course to the public, unless the CSIS human source and the Director of the CSIS consent to such disclosure (subsection 18.1(3)).

[22] If an application to be provided such disclosure is served and filed, the matter is referred to the Registry of the Federal Court which will forward it to the Designated Proceedings Section. The Chief Justice will then assign the matter to a designated judge. In addition, a copy of the application will be served to the Attorney General of Canada, who, upon being served, becomes a party to the litigation (see section 2 and subsections 18.1(4) to (6), and the definition of “judge” in the CSIS Act).

[23] In the application served and filed with the Registry of the Federal Court, a party, an *amicus*, or a special advocate (for the purposes of a hearing involving section 87 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)), may seek an order

V. ANALYSE

A. Aperçu du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS

[20] Par suite de l’arrêt *Harkat* 2014, qui établit que les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées au moyen d’un privilège générique, le législateur a modifié la Loi sur le SCRS pour y incorporer un tel privilège visant à préserver l’anonymat des sources humaines et, partant, leur vie et leur sécurité, et à encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service (paragraphe 18.1(1) de la Loi sur le SCRS).

[21] Partant, dans une instance devant un tribunal, nul ne peut communiquer l’identité d’une source humaine du SCRS ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité (paragraphe 18.1(2) de la Loi sur le SCRS). Comme l’ont avancé les avocats du gouvernement, le paragraphe 18.1(2) ne précise pas à qui s’applique l’interdiction. Selon mon interprétation, le privilège s’applique aux tribunaux qui ont le pouvoir de contraindre à la production d’informations sur l’identité d’une source humaine ou d’informations qui permettraient de découvrir cette identité, aux juges, aux parties et, bien sûr, au public, à moins que la source humaine du SCRS et le directeur du SCRS consentent à ce que ces informations soient communiquées (paragraphe 18.1(3) de la Loi sur le SCRS).

[22] Les demandes visant l’obtention de la communication sont signifiées et déposées au greffe de la Cour fédérale, qui les achemine à la Section des procédures générales. Le juge en chef confiera le dossier à un juge désigné. Le procureur général se voit signifier copie de la demande et, dès lors, est réputé y être partie (se reporter aux paragraphes 18.1(4) à (6) ainsi qu’à la définition de « juge » qui figure à l’article 2 de la Loi sur le SCRS).

[23] Dans la demande signifiée et déposée au greffe de la Cour fédérale, la partie, l’*amicus* ou l’avocat spécial (aux fins d’une audience relative à l’article 87 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)) peut demander que soit déclaré,

declaring that the individual is not a CSIS human source or that the information sought does not identify, or tend to identify the CSIS human source.

[24] If the proceeding where disclosure is sought relates to the prosecution of an offence, then the above-mentioned individuals may seek an order declaring that disclosure of the identity of the CSIS human source is essential to establishing the innocence of the accused (see paragraphs 18.1(4)(a) and (b)).

B. *General findings and principles of interpretation*

[25] I agree with Counsel for the Government's submissions. I am also of the opinion that the CSIS human source privilege of section 18.1 of the CSIS Act is not applicable to a designated judge for the following reasons.

[26] A strong indicator that Parliament expects designated judge to receive extremely sensitive national security information is found at paragraph 38.01(6)(d) of the *Canada Evidence Act*. That paragraph refers to a schedule listing designated entities which are excluded from the ambit of the section 38 scheme of the *Canada Evidence Act*, which prohibits disclosure of sensitive information. In that schedule, it is clear that designated judges, through their national security responsibilities, are often tasked with vetting whether sensitive information ought to be released or kept protected. Such responsibilities include: applications for warrants under the CSIS Act, R.S.C., 1985, c. C-23; certificates of ineligibility to become a charity under the *Charities Registration (Security Information) Act*, S.C. 2001, c. 41, s. 113; certain areas of law under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27; appeals of denials of transportation under the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11; judicial review of denial of access to a requested record under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1; judicial review of denial of access to personal information under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21; applications following the discontinuance of an investigation of a complaint under

par ordonnance, qu'une personne physique n'est pas une source humaine du SCRS ou que l'information demandée ne donne pas l'identité d'une source humaine ou ne permettrait pas de découvrir cette identité.

[24] Si l'instance au cours de laquelle la demande est présentée est une poursuite pour infraction, les personnes susmentionnées peuvent demander que soit déclaré, par ordonnance, que la communication de l'identité de la source humaine du SCRS est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé (alinéas 18.1(4)a) et b) de la Loi sur le SCRS).

B. *Constatations générales et principes d'interprétation*

[25] Je suis d'accord avec les observations des avocats du gouvernement. En outre, je suis d'avis que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés, et ce, pour les raisons suivantes.

[26] L'alinéa 38.01(6)d) de la *Loi sur la preuve au Canada* indique clairement que le législateur s'attend à ce que les juges désignés prennent connaissance d'informations extrêmement sensibles concernant la sécurité nationale du Canada. Cet alinéa renvoie à une annexe qui dresse la liste des entités exclues du champ d'application du régime de l'article 38 de cette loi, qui interdit la divulgation d'informations sensibles. Dans l'annexe, il est manifeste que les juges désignés, en raison de leurs responsabilités en matière de sécurité nationale, sont souvent chargés de déterminer si des informations sensibles doivent être communiquées ou protégées. Ces responsabilités touchent, entre autres, aux demandes de mandats (Loi sur le SCRS, L.R.C. (1985), ch. C-23), aux certificats signifiant l'inadmissibilité au statut d'organisme de bienfaisance (*Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignements de sécurité)*, L.C. 2001, ch. 41, art. 113), à quelques domaines du droit relevant de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, aux appels relatifs aux refus de transport (*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11), aux révisions judiciaires concernant les demandes d'accès refusées à des documents (*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C.

the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5; and finally appeals of passport cancellations under the *Prevention of Terrorist Travel Act*, S.C. 2015, c. 36, s. 42. I note that both special advocates and *amici curiae* are not listed anywhere in the designated entities schedule. Here are the relevant parts of the schedule:

SCHEDULE

(Paragraphe 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8))

DESIGNATED ENTITIES

1 A judge of the Federal Court, for the purposes of section 21 of the *Canadian Security Intelligence Act*.

2 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 6 and 7 of the *Charities Registration (Security of Information) Act*, except where the hearing is open to the public.

3 A judge of the Federal Court, the Federal Court of Appeal or the Immigration Division or Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board, for the purposes of sections 77 to 87.1 of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

4 A judge of the Federal Court, for the purposes of section 16 of the *Secure Air Travel Act*.

...

15 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 41 and 42 of the *Access to Information Act*.

16 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 41 to 43 of the *Privacy Act*.

17 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 14 to 17 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*.

...

(1985), ch. A-1) ou à des renseignements personnels (*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21), aux demandes consécutives à la fin de l'examen d'une plainte (*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5) et, enfin, aux appels relatifs à l'annulation de passeports (*Loi sur la prévention des voyages de terroristes*, L.C. 2015, ch. 36, art. 42). Je souligne que ni les avocats spéciaux ni les *amici curiae* ne figurent dans la liste des entités désignées placée en annexe, dont voici les parties pertinentes :

ANNEXE

(alinéa 38.01(6)d) et paragraphe 38.01(8))

ENTITÉS DÉSIGNÉES

1 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*.

2 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 6 et 7 de la *Loi sur l'enregistrement des organismes de bienfaisance (renseignement de sécurité)*, sauf dans le cas où l'audition est ouverte au public.

3 Un juge de la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale ou la Section de l'immigration ou la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié pour l'application des articles 77 à 87.1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

4 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application de l'article 16 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*.

[...]

15 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 41 et 42 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

16 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 41 à 43 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

17 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 14 à 17 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*.

[...]

21 A judge of the Federal Court, for the purposes of sections 4 and 6 of the *Prevention of Terrorist Travel Act*.

[27] In addition, as part of their overarching judicial duties to ensure the proper administration of justice and fairness in *ex parte*, *in camera* proceedings, designated judges can raise and address questions of disclosure without a subsection 18.1(4) application triggered by the specified persons. I agree with counsel for the Government's position that allowing the designated judge to review the unredacted information strikes the appropriate balance between the legislative intent behind section 18.1, the section 7 rights of CSIS human sources, and the designated judge's overarching statutory duties to promote fairness and the proper administration of justice.

[28] I also agree with the position that the designated judge can receive disclosure of the unredacted information because he or she is not the Counsel for the Government's litigation opponent under the scope of the meaning of "disclosure" as enacted at subsection 18.1(2).

[29] I further endorse Counsel for the Government's contention that section 18.1 must be interpreted in a manner allowing the designated judge to perform his or her duties as an independent adjudicator. Counsel for the Government themselves submit that they should not be the sole arbiters of what information should or should not be disclosed to any other party. In practice, the designated judge must be provided the unredacted information in order to determine whether the privilege exists or if any exceptions to it apply.

[30] I also find compelling the argument that Parliament generally explicitly states in law when it intends that judges are to be prohibited from even examining information to determine whether a claim of privilege is valid or to verify a fact related to a CSIS human source. Counsel for the Government refer, as an example of a specific prohibition, to subsection 39(1)

21 Un juge de la Cour fédérale, pour l'application des articles 4 et 6 de la *Loi sur la prévention des voyages de terroristes*.

[27] Outre cela, dans le cadre de leurs fonctions judiciaires globales, qui consistent à assurer l'équité et la bonne administration de la justice lors d'instance *ex parte* et à huis clos, les juges désignés peuvent soulever et régler des questions relatives à la communication sans qu'une des personnes mentionnées au paragraphe 18.1(4) ne présente de demande en vertu de cette disposition. Je suis d'accord avec la position des avocats du gouvernement, qui soutiennent que permettre au juge désigné d'examiner les informations non caviardées établit un juste équilibre entre l'intention du législateur quant à l'article 18.1, les droits garantis aux sources humaines du SCRS par l'article 7 et les fonctions judiciaires globales du juge désigné, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice.

[28] Je suis aussi d'accord avec la position selon laquelle les informations non caviardées peuvent être communiquées au juge désigné, celui-ci n'étant pas la partie adverse des avocats du gouvernement, quant à la portée de la signification de « communication » telle qu'elle a été adoptée au paragraphe 18.1(2).

[29] J'abonde aussi dans le sens des avocats du gouvernement lorsqu'ils avancent que l'article 18.1 doit être interprété de manière à permettre au juge désigné de s'acquitter de ses fonctions à titre d'arbitre indépendant. Les avocats du gouvernement soutiennent qu'ils ne devraient pas être les seuls à déterminer quelles informations peuvent être communiquées à une autre partie. En pratique, le juge désigné doit pouvoir consulter les informations non caviardées pour être en mesure de déterminer si le privilège existe ou si des exceptions s'y appliquent.

[30] En outre, je trouve convaincant l'argument selon lequel, en général, le législateur exprime clairement dans le libellé de la loi son intention d'interdire aux juges de même examiner des informations en vue de déterminer si une réclamation du privilège est fondée ou de vérifier un fait relatif à une source humaine du SCRS. À titre d'exemple d'interdiction expresse, les avocats

of the *Canada Evidence Act* in regard to Cabinet confidences. Section 18.1 contains no such specific prohibition on the information the presiding judge may receive to adjudicate a claim of CSIS human source privilege. The words “no person shall disclose” do indeed prohibit anybody holding CSIS human source information from disclosing it. However, when considered in the context of the Act as a whole, they do not forbid communication of that delicate information to the designated judge who has the ultimate responsibility of ensuring fairness and the proper administration of justice.

[31] The designated judge plays an expanded gatekeeper role in national security matters because he or she bears wider responsibilities, due to the confidential and closed nature of the proceedings. Both the jurisprudence and the legislation establish the responsibilities of the designated judge, notably the Supreme Court’s *Harkat* decision in 2014 and the IRPA. The Supreme Court provided a useful synopsis of these responsibilities at paragraph 46 of *Harkat* 2014:

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

[32] Given that the designated judge’s duties, as elaborated above, stem from an overriding responsibility to ensure fairness and the proper administration of justice,

du gouvernement renvoient au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui traite des renseignements confidentiels du Cabinet. L’article 18.1 ne prévoit aucune interdiction expresse au sujet des informations dont peut disposer le juge président l’instance pour se prononcer sur une demande de privilège relatif aux sources humaines du SCRS. Le segment « nul ne peut communiquer » interdit effectivement à quiconque détient des informations relatives à une source humaine du SCRS de les communiquer. Toutefois, considérés au regard du contexte global de la loi, ces mots n’interdisent pas la communication de ces informations sensibles au juge désigné qui, en fin de compte, est chargé d’assurer l’équité et la bonne administration de la justice.

[31] En ce qui a trait aux questions touchant la sécurité nationale, le juge joue un rôle élargi de gardien parce que le caractère confidentiel et fermé des instances accroît l’importance de ses responsabilités. Tant la jurisprudence que la législation établissent les responsabilités du juge désigné, notamment l’arrêt *Harkat* 2014 et la LIPR. Dans l’arrêt *Harkat* 2014, au paragraphe 46, la Cour suprême en offre un résumé utile :

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

[32] Comme il en est en question ci-dessus, puisqu’elles découlent de la responsabilité prépondérante qui consiste à assurer l’équité et la bonne administration de

such duties are not limited to security certificate proceedings. The distinction between the responsibilities of the designated judge, *amici curiae*, and special advocates extends beyond certificate proceedings and applies to all relevant situations in the field of national security where confidential information and CSIS human source issues can arise. Justice de Montigny, in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050, highlighted these differences and similarities at paragraph 27:

That said, there is no precise definition of the role of *amicus* that is applicable to all possible situations where a court may find it beneficial to obtain advice from a lawyer not acting on behalf of the parties: *R v Cairenius* (2008), 232 CCC (3d) 13, at paragraphs 52-59; *R v Samra* (1998), 42 O.R.(3d) 434 (C.A.). It is generally agreed that the appointment of an *amicus* is generally intended to represent interests that are not represented before the court, to inform the court of certain factors it would not otherwise be aware of, or to advise the court on a question of law: see *Attorney General of Canada et al v Aluminium Company of Canada*, (1987) 35 DLR (4th) 495, at page 505 (BCCA).

[33] The Supreme Court provided further useful details in *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, notably at paragraphs 39, 44, 52 and 53:

In determining whether the privilege exists, the judge must be satisfied, on a balance of probabilities, that the individual concerned is indeed a confidential informant. And if the claim of privilege is established, the judge must give it full effect. As we have seen, *Named Person* established that trial judges have no discretion to do otherwise.

...

It thus remains as true in this case as it was in *Named Person* that “[w]hile the judge is determining whether the privilege applies, all caution must be taken on the assumption that it does apply” (para. 47). No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies. It follows that the trial judge erred in

la justice, les fonctions du juge désigné ne se limitent pas aux instances relatives aux certificats de sécurité. La distinction qui existe entre les responsabilités du juge désigné, des *amici curiae* et des avocats spéciaux va au-delà des instances relatives aux certificats de sécurité et s’applique à toute situation touchant la sécurité nationale pour laquelle peuvent être soulevées des questions relatives aux informations confidentielles et aux sources humaines du SCRS. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, au paragraphe 27, le juge de Montigny a souligné ces différences et ressemblances :

Ceci dit, il n’existe pas de définition précise du rôle de l’*amicus* qui soit applicable à toutes les situations possibles où une cour peut trouver bénéfique d’obtenir les conseils d’un avocat qui n’agit pas pour les parties : *R c Cairenius* (2008), 232 CCC (3d) 13, aux paras 52-59; *R c Samra* (1998), 41 O.R. (3d) 434 (C.A.). On s’entend généralement pour dire que la nomination d’un *amicus* vise généralement à représenter les intérêts qui ne sont pas représentés devant la cour, à informer cette dernière de certains facteurs dont elle ne serait pas autrement au courant, ou de la conseiller sur une question de droit : voir *Procureur général du Canada et al v Aluminium Company of Canada*, (1987) 35 D.L.R. (4th) 495, à la p. 505 (C.A.C.-B.).

[33] La Cour suprême a fourni d’autres détails utiles dans l’arrêt *R. c. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, surtout aux paragraphes 39, 44, 52 et 53 :

Lorsqu’il se prononce sur l’existence du privilège, le juge doit être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la personne en cause est effectivement un indicateur confidentiel. Et si la revendication du privilège est établie, le juge doit lui donner pleinement effet. Comme nous l’avons vu, suivant l’arrêt *Personne désignée*, les juges du procès n’ont aucun pouvoir discrétionnaire d’agir autrement.

[...]

Il demeure donc vrai en l’espèce, comme ce l’était dans *Personne désignée*, que, « [a]lors que le juge détermine si le privilège s’applique, la plus grande prudence s’impose en supposant que le privilège s’applique » (par. 47). Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l’égard desquels le privilège est revendiqué tant qu’un juge n’a pas déterminé que le privilège n’existe pas ou qu’une exception

permitting defence counsel to hear the testimony of an officer tending to reveal the identity of the putative informant at the “first stage” hearing.

...

Of course, withheld material over which the informer privilege is claimed might in some instances assist the defence, for example, by providing a trail to other relevant and helpful evidence, or in preparing and conducting the cross-examination of Crown witnesses. The withheld material might even be indicative of innocence, while still falling outside the narrow “innocence at stake” exception to the privilege. It is therefore essential that claims of privilege be resolved accurately and fairly, bearing in mind that *ex parte* proceedings raise serious procedural fairness concerns of particular significance in the conduct of criminal prosecutions, where the liberty of the accused is at stake.

Where a hearing is required to resolve a Crown claim of privilege, the accused and defence counsel should therefore be excluded from the proceedings only when the identity of the confidential informant cannot be otherwise protected. And, even then, only to the necessary extent. In determining whether the claim of privilege has been made out, trial judges should make every effort to avoid unnecessary complexity or delay, without compromising the ability of the accused to make full answer and defence. [Emphasis added.]

[34] The strict and literal arguments put forward by Opposing Counsel do not seem to consider their impact on the work of designated judges in warrant applications (under the CSIS Act), certificate proceedings (under IRPA) and section 38 motions (under the *Canada Evidence Act*), amongst others. A brief review of legislative rules of interpretation is required here before describing the impacts of the strict and literal arguments proposed by Opposing Counsel. In *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396, I detailed the accepted modern principles of interpretation at paragraphs 110 to 112, I repeat them here:

s’applique. Il s’ensuit que la juge du procès a commis une erreur en permettant aux avocats de la défense d’entendre le témoignage d’un agent tendant à révéler l’identité de l’indicateur présumé à l’audience constituant la « première étape ».

[...]

Bien sûr, les renseignements retenus à l’égard desquels le privilège de l’indicateur est revendiqué pourraient aider la défense, par exemple en lui fournissant une piste menant à d’autres éléments de preuve pertinents et utiles, ou en l’aidant à préparer et à mener le contre-interrogatoire des témoins du ministère public. Les renseignements retenus pourraient même fournir des indices de l’innocence, sans que s’applique pour autant l’étroite exception de « l’innocence en jeu ». Il est donc essentiel que les revendications de privilège soient tranchées équitablement et avec exactitude, tout en gardant à l’esprit que les procédures *ex parte* soulèvent en matière d’équité procédurale de sérieux problèmes ayant une incidence particulière sur la conduite des poursuites pénales, alors que la liberté de l’accusé est en jeu.

Lorsqu’une audience est requise pour trancher une revendication de privilège présentée par le ministère public, l’accusé et les procureurs de la défense ne devraient donc être exclus de l’instance que si l’identité de l’indicateur confidentiel ne peut être protégée autrement. Et même alors, seulement dans la mesure qui s’avère nécessaire. En déterminant si la revendication du privilège a été établie, les juges du procès devraient prendre toutes les mesures possibles pour éviter la complexité et les délais inutiles, sans pour autant compromettre la possibilité, pour l’accusé, de présenter une défense pleine et entière. [Non souligné dans l’original.]

[34] Les avocats adverses ne semblent pas tenir compte des répercussions de leurs arguments sur l’interprétation stricte et littérale sur le travail des juges désignés ayant trait aux demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS, aux instances liées aux certificats (en vertu de la LIPR) et aux demandes liées au régime de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, entre autres. Il est nécessaire ici de procéder à un bref examen des règles d’interprétation législative avant de décrire l’incidence des arguments des avocats adverses. Dans la décision *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 R.C.F. 396, aux paragraphes 110 à 112, j’ai exposé en détail les principes d’interprétation modernes et reconnus. Je réitère :

[110] In her book *Sullivan on the Construction of Statutes*, Prof. Sullivan sets forth the classic three-pronged method to interpretation: the ordinary meaning approach using the text of the statute as the primary source, the contextual approach as originally described by Elmer Driedger and refined by the Supreme Court following its endorsement of the method in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27, and the purposive approach in order to consider the practical idea behind the enactment of both the relevant section and the statute as a whole, as well as the real world effects of the Court's interpretation. (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed (Markham: Lexis Nexis, 2014) at para 2.1.)

[111] The Federal Court of Appeal, in *X (Re)*, 2014 FCA 249, at paragraphs 68 to 71, summarizes how a statute should be interpreted:

[68] The preferred approach to statutory interpretation has been expressed in the following terms by the Supreme Court:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (SCC), [1998] 1 SCR 27 at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56 (CanLII), [2001] 2 SCR 867 at paragraph 29.

[69] The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v Canada*, 2005 SCC 54 (CanLII), [2005] 2 SCR 601 at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see 65302 *British Columbia Ltd. v Canada*, 1999 CanLII 639 (SCC), [1999] 3 SCR 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand,

[110] Dans son ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, la professeure Sullivan expose la méthode classique d'interprétation en trois volets : l'analyse fondée sur le sens ordinaire, qui utilise le texte de la loi comme source principale, l'analyse fondée sur le contexte telle qu'elle avait initialement été décrite par Elmer Driedger et précisée par la Cour suprême après qu'elle eut accepté la méthode dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 RCS 27, et l'analyse téléologique pour prendre en compte l'idée pratique derrière l'adoption de l'article dont il est question et de la loi dans son ensemble ainsi que les effets réels de l'interprétation de la Cour. (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. [Markham : Lexis Nexis, 2014], au paragraphe 2.1 [Sullivan 2014].)

[111] Dans *X (Re)*, 2014 CAF 249, aux paragraphes 68 à 71, la Cour d'appel fédérale résume la manière dont une loi devrait être interprétée :

[68] La méthode privilégiée en ce qui a trait à l'interprétation des lois a été ainsi définie par la Cour suprême du Canada :

Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (CSC), [1998] 1 RCS 27, au paragraphe 21. Voir aussi *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56 (CanLII), [2001] 2 RCS 867, au paragraphe 29.

[69] La Cour suprême a réaffirmé ce principe par l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54 (CanLII), [2005] 2 RCS 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, 1999 CanLII 639 (CSC), [1999] 3 RCS 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre,

where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[70] This formulation of the proper approach to statutory interpretation was repeated in *Celgene Corp. v Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1 (CanLII), [2011] 1 SCR 3 at paragraph 21, and *Canada (Information Commissioner) v Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25 (CanLII), [2011] 2 SCR 306 at paragraph 27.

[71] Inherent in the contextual approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. A court must consider the total context of the provision to be interpreted “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4 (CanLII), [2006] 1 SCR 140 at paragraph 48). From the text and this wider context the interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v Monney*, 1999 CanLII 678 (SCC), [1999] 1 SCR 652 at paragraph 26).

[112] As expressed by the Federal Court of Appeal, both Prof. Côté and Prof. Sullivan, in their most recent works, proclaim that the ordinary meaning approach by itself is no longer sufficient. Rather, both leading authors agree that context is paramount and interpretation is legitimate even if the ordinary meaning seems clear. Prof. Côté indicates:

“[...] [W]e want to note our profound disagreement with the idea that interpretation is legitimate or appropriate only when the text is obscure. This idea is based on the view, incorrect, that the meaning of a legal rule is identical to its literal legislative wording. The role of the interpreter is to establish the meaning of rules, not texts, with textual meaning at most the starting point of a process which necessarily takes into account extra-textual elements. The prima facie meaning of a text must be construed in the light of the other indicia relevant to interpretation. A competent interpreter asks whether the rule so construed can be reconciled with the other rules and principles of the legal system: Is this meaning consistent with the history of

lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative au sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[70] Cet enseignement quant à la bonne méthode à retenir en matière d’interprétation des lois a été rappelé par les arrêts *Celgene Corp. c. Canada (procureur général)*, 2011 CSC 1 (CanLII), [2011] 1 RCS 3, au paragraphe 21, et *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 2011 CSC 25 (CanLII), [2011] 2 RCS 306, au paragraphe 27.

[71] L’approche contextuelle de l’interprétation des lois est fondée sur l’idée que le sens grammatical et ordinaire d’une disposition n’est pas déterminant quant à son sens. Il faut tenir compte du contexte global de la disposition à interpréter, « même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4 (CanLII), [2006] 1 RCS 140, au paragraphe 48). C’est à partir du libellé et du contexte global que le juge appelé à interpréter le texte recherche l’intention du législateur, qui est « [l]’élément le plus important de cette analyse » (*R. c. Monney*, 1999 CanLII 678 (CSC), [1999] 1 RCS 652, au paragraphe 26).

[112] Comme l’a exprimé la Cour d’appel fédérale, les professeurs Côté et Sullivan, dans leurs plus récents ouvrages, affirment qu’à elle seule, l’analyse fondée sur le sens ordinaire ne suffit plus. Les deux auteurs éminents s’entendent plutôt pour dire que le contexte est primordial et que l’interprétation est légitime même si le sens ordinaire semble clair. Le professeur Côté affirme que :

[TRADUCTION] [...] [n]ous tenons à exprimer notre profond désaccord avec l’idée selon laquelle l’interprétation est légitime ou appropriée seulement lorsque le texte est obscur. Cette idée repose sur le point de vue, incorrect, voulant que le sens d’une règle juridique est identique à une interprétation littérale de son texte. Le rôle de la personne qui interprète consiste à établir le sens des règles, non des textes, au moyen du sens textuel comme point de départ, tout au plus, d’un processus qui prend nécessairement compte d’éléments extratextuels. Le sens à première vue d’un texte doit être interprété à la lumière d’autres critères pertinents pour l’interprétation. Une personne compétente en matière d’interprétation se demandera si la règle ainsi

the text? Do the consequences of construing the rule solely in terms of the literal rule justify revisiting the interpretation? and so on.”

(Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed (Toronto: Carswell, 2011) at 268-269 [“PA Côté 2011”].) [Emphasis added.]

[35] Having generally described my opinion of the arguments presented orally and in writing, the interpretative principles applicable and the scheme surrounding the section 18.1 CSIS human source privilege, and the role of designated judges in applying claims of privilege, I now turn to detailing the potential impact of Opposing Counsel’s position on various areas of law outside the immediate scope of this case. I will also seize this opportunity to hopefully shed some light on the work of designated judges in various types of proceedings.

C. Effects of the new privilege on various areas of law relating to national security

(1) Warrant applications under the CSIS Act

[36] Before the early 2000’s, warrant applications presented to designated judges contained limited information on the CSIS human source involved. Following repeated requests by designated judges, counsel for the CSIS started adding more pertinent information on the CSIS human source to warrant applications. Designated judges rely on such valuable details to assess, examine, and ultimately decide whether a warrant should be issued. The application process has evolved so much over time that a detailed document called a “*précis*” on the topic of the CSIS human source involved must now be included in all warrant applications. The *précis* must be informative, detailed, and address concerns such as the credibility, [***] of the CSIS human source. The document does not explicitly identify the source but provides enough information that, through a proper reading of the affidavit(s) in support of the application [***] the

interprétée peut être conciliée avec les autres règles et principes du système juridique : ce sens est-il compatible avec l’historique du texte? Les conséquences d’une interprétation de la règle reposant uniquement sur son sens littéral justifient-elles une révision de l’interprétation? Et ainsi de suite.

(Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4^e éd. [Toronto : Carswell, 2011], aux pages 268-269 [PA Côté 2011].) [Non souligné dans l’original.]

[35] Ayant établi les grandes lignes de mon opinion sur les arguments oraux et écrits et ayant décrit les principes d’interprétation applicables, le régime de l’article 18.1 quant au privilège relatif aux sources humaines du SCRS ainsi que le rôle que joue le juge désigné en ce qui a trait à la réclamation du privilège, je m’intéresse maintenant à l’incidence possible de la position des avocats adverses sur des domaines du droit qui dépassent la portée immédiate de la présente affaire. J’en profiterai pour, je l’espère, apporter quelques précisions sur le travail du juge désigné dans différents types d’instances.

C. Effets du nouveau privilège sur différents domaines du droit relatifs à la sécurité nationale

1) Demandes de mandats en vertu de la Loi sur le SCRS

[36] Avant le début des années 2000, les demandes de mandats présentées aux juges désignés contenaient quelques informations sur la source humaine du SCRS impliquée. Par suite des demandes insistantes de juges désignés, les avocats du SCRS ont commencé à ajouter aux demandes de mandats des informations plus utiles sur les sources humaines. Les juges désignés se fient à ce genre de détails utiles pour évaluer et examiner les demandes et, en fin de compte, décider s’il y a lieu de décerner les mandats. Le processus de demande a tellement évolué au fil du temps que toute demande de mandats doit s’accompagner d’un document détaillé appelé « *précis* » traitant de la source humaine du SCRS impliquée. Informatif et détaillé, le *précis* traite de questions comme la crédibilité, [***] de la source humaine du SCRS. Le document n’établit pas explicitement l’identité de la source, mais donne suffisamment

identity of the CSIS human source could potentially be inferred. [***] Further, the designated judge may have good reasons to ask for the identity of the CSIS human source, as has been done in certain cases. Surely, as Government Counsel argue, the CSIS human source privilege found at section 18.1 of the CSIS Act is not meant to forbid such disclosure.

(2) Certificate proceedings under IRPA

[37] A similar situation arises from security certificate proceedings under the IRPA. Shortly following the genesis of modern security certificate proceedings, designated judges made it a point to ensure that fairness was properly applied. Specifically, they wanted to ensure that they were provided a full and fair portrayal of the facts regarding both general public information and confidential information related to CSIS human sources. The designated judges maintained that they must know such confidential CSIS human source information, if it existed, in order to confirm that it was valid and that the ministers and their counsel were not retaining information of importance which could create an unfair situation for the named person.

[38] In *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143, and *Harkat (Re)*, 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149, both mentioned by the Supreme Court in *Harkat* 2014, at paragraph 13, a problematic situation concerning a CSIS human source arose which brought me to actively seek all the information about the source in order to ensure the proper administration of justice. In the end, the identity of the CSIS human source was never communicated to me, the designated judge, but I was provided all the relevant information concerning that person: occupation, whereabouts, marital status, etc. It was a struggle to reach that position of sufficient knowledge to properly assume my judicial duties given that ministers and their counsel, rightly so at the time, vehemently protected the information. This difficult situation gradually progressed to a positive outcome following several discussions, some involving special advocates. Ultimately, I

d'informations pour qu'il soit possible, à la suite d'une lecture attentive des affidavits en appui à la demande [***] de découvrir l'identité de la source humaine. [***] En outre, et cela s'est déjà produit, le juge désigné peut avoir de bonnes raisons de demander à connaître l'identité de la source humaine. Comme le soutiennent les avocats du gouvernement, le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est certainement pas destiné à interdire une communication de ce genre.

2) Instances relatives aux certificats (LIPR)

[37] Les instances relatives aux certificats de sécurité sous le régime de la LIPR donnent lieu à une situation similaire. Peu après la modernisation de ces instances, les juges désignés se sont fait un devoir de faire régner l'équité. En particulier, ils ont veillé à obtenir une vue d'ensemble exhaustive et équitable des faits relatifs tant aux informations publiques qu'aux informations confidentielles concernant les sources humaines du SCRS. Les juges désignés ont soutenu qu'ils doivent prendre connaissance des éventuelles informations confidentielles relatives aux sources humaines du SCRS pour en confirmer la validité et s'assurer que les ministres et leurs avocats ne retiennent pas d'informations importantes, ce qui pourrait placer la personne intéressée dans une situation inéquitable.

[38] Dans les décisions *Harkat (Re)*, 2009 CF 553 et *Harkat (Re)*, 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149, toutes deux mentionnées par la Cour suprême dans l'arrêt *Harkat* 2014, au paragraphe 13, un problème relatif à une source humaine s'est présenté et m'a poussé à chercher activement toutes les informations concernant la source en question afin d'assurer la bonne administration de la justice. En fin de compte, l'identité de la source humaine du SCRS n'a jamais été communiquée au juge désigné, c'est-à-dire moi-même. Toutefois, j'ai eu à ma disposition toutes les informations utiles la concernant : emploi, allées et venues, statut matrimonial, etc. J'ai dû me battre pour, finalement, en savoir assez pour m'acquitter adéquatement de mes fonctions judiciaires. En effet, les ministres et leurs avocats, à juste titre à ce moment, ont protégé ces informations avec ardeur. À la suite de plusieurs discussions, dont certaines avec des

was sufficiently informed and able to address the matters at issue. The remedy I selected to answer the identified breach of the integrity of the Court's processes was to give access to the special advocates to the files on the human source; this solution was exceptional and emanated from the specific facts of the case. Yet, although exceptional, the option to provide such remedy allowed fairness and the proper administration of justice to prevail. Surely the CSIS human source privilege created by section 18.1 of the CSIS Act is not meant to forbid similar disclosure to a designated judge who bears the heavy responsibility of ensuring fairness for the named person and the proper administration of justice.

(3) Section 38 of the *Canada Evidence Act*

[39] In regard to the involvement of designated judges in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act*, it goes without saying that issues concerning CSIS human sources arise. Designated judges, depending on the particulars of each case, sometime seek additional facts surrounding the CSIS human source in order to ensure that they are fully informed and able to properly assume their judicial duties. Such requests for additional information are made by the designated judge him or herself, not necessarily by the *amicus curiae*. In fact, only the designated judge involved receives the information; the *amicus curiae* who may be part of the proceedings, for example by arguing whether or not the designated judge should receive disclosure, does not receive the information.

[40] There may be other, exceptional, circumstances where a designated judge could consider disclosing the information to Opposing Counsel. I will refrain from addressing this topic further, as I am only addressing a single issue with these reasons: whether the CSIS human source privilege is applicable to the designated judge or not.

[41] Again, I posit that Parliament cannot have intended to bar the designated judge from requesting CSIS

avocats spéciaux, cette situation épineuse a progressivement fait place à un résultat favorable. Finalement, j'ai disposé d'assez d'informations et j'ai pu me prononcer. Pour remédier l'atteinte à l'intégrité des procédures de la Cour constaté, en guise de réparation au bri, j'ai décidé de permettre aux avocats spéciaux de consulter les dossiers relatifs à la source humaine. Il s'agissait d'une solution exceptionnelle adoptée en raison des circonstances propres à l'affaire. Néanmoins, la possibilité d'offrir une telle réparation, aussi exceptionnelle a-t-elle été, a permis à l'équité et à la bonne administration de la justice de prévaloir. Le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est certainement pas destiné à interdire une communication de ce genre à un juge désigné qui a la lourde tâche d'assurer l'équité à la personne intéressée ainsi que la bonne administration de la justice.

3) Article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[39] Il va sans dire que la participation de juges désignés aux instances relevant du régime de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* soulève des questions relatives aux sources humaines du SCRS. Tout dépendant des circonstances de l'affaire, il arrive que le juge désigné demande que lui soient communiqués d'autres faits à propos de la source humaine du SCRS pour s'assurer d'avoir en main toutes les informations nécessaires pour exercer adéquatement ses fonctions judiciaires. Le juge lui-même, pas nécessairement l'*amicus curiae*, présente ces demandes d'informations additionnelles. En fait, seul le juge désigné reçoit les informations. L'*amicus curiae* qui peut être partie à l'instance, par exemple en soutenant que le juge devrait (ou pas) se voir communiquer les informations, ne les reçoit pas.

[40] En d'autres circonstances exceptionnelles, il est possible qu'un juge désigné envisage de communiquer les informations aux avocats adverses. Je n'aborderai pas ce sujet, car les présents motifs ne touchent qu'une seule et unique question, à savoir si le privilège relatif aux sources humaines du SCRS s'applique au juge désigné.

[41] Encore une fois, j'avance que le législateur, en créant un privilège relatif aux sources humaines du

human source information in these types of proceedings through enacting the section 18.1 CSIS human source privilege. In brief, preventing the designated judge from obtaining this information would hinder the designated judge from assuming his or her judicial duties and compromise the proper administration of justice.

[42] The circumstances affected by the new section 18.1 CSIS human source privilege I have enumerated above are but examples; there may be other areas of law that will be impacted.

D. *Duty of candour*

[43] Furthermore, on another matter, as decided in *Ruby* and reiterated in *Harkat* 2014, it is now well recognized that counsel for the CSIS have an elevated duty of candour towards the designated judges presiding over *ex parte*, *in camera* hearings which obliges them to be fully frank and open with the Court. Counsel for the CSIS must not only inform the Court of the positive aspects of their case, but also of its downsides, if any. If counsel for the CSIS is concerned with certain information regarding a CSIS human source which may impact the underlying proceeding, does the new section 18.1 CSIS human source privilege bar the judge from receiving notice of these difficulties? This question was put to Opposing Counsel; here is their response:

[Opposing Counsel]: ... You could receive information—and I am sure you have in your warrant cases where they don't reveal the identity of the source, but you know what the source has provided them with, the information that they have given. They can give that because it doesn't reveal the identity of the source and they don't need consent for that. But if they are going to reveal the identity of the source, they need consent.

Justice Noël: Therefore, if they cannot obtain consent, what will they do?

SCRS par l'adoption de l'article 18.1, n'a pas pu avoir l'intention d'interdire au juge désigné de demander des informations sur les sources humaines du SCRS dans ces types d'instances. En bref, empêcher le juge désigné d'obtenir ces informations lui nuirait dans l'exercice de ses fonctions judiciaires et serait préjudiciable à la bonne administration de la justice.

[42] J'ai énuméré plus haut des circonstances dans lesquelles le nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS a une incidence. Ce ne sont que des exemples. En effet, d'autres domaines du droit pourraient être touchés.

D. *Obligation de franchise*

[43] Par ailleurs, comme il a été statué dans l'arrêt *Ruby* et ensuite dans l'arrêt *Harkat* 2014, il est maintenant bien établi que les avocats du SCRS ont une lourde obligation de franchise envers les juges désignés qui président des audiences *ex parte* et à huis clos. Partant, ils doivent faire preuve de franchise et d'ouverture envers la Cour. Les avocats du SCRS sont tenus d'informer la Cour des éléments favorables à leur dossier, mais aussi, s'il y a lieu, de ceux qui ne le sont pas. Cependant, si les avocats du SCRS ont des préoccupations au sujet d'informations relatives à une source humaine du Service qui pourraient avoir une incidence sur l'instance sous-jacente, le nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS interdit-il de signifier ces problèmes au juge? Cette question a été posée aux avocats adverses. Voici leur réponse :

[TRADUCTION]

[Avocats adverses] : [...] Vous pourriez recevoir des informations... et je suis sûr que vous avez eu à vous occuper de demandes de mandats où l'identité de la source ne vous a pas été révélée, mais pour lesquelles vous savez ce que la source leur a donné et les informations qu'ils ont fournies. Ils peuvent les communiquer parce qu'elles ne révèlent pas l'identité de la source, donc ils n'ont pas besoin du consentement. Mais le consentement leur est nécessaire pour révéler l'identité de la source.

Juge Noël : Donc, que feront-ils s'ils ne peuvent pas obtenir le consentement?

[Opposing Counsel]: That's the thing about this statute, and that's the thing that is interesting about this statute, from my perspective.

Justice Noël: What's the next step, then?

[Opposing Counsel]: If they cannot reveal the identity of the source because the source will not consent, then they cannot do that.

Justice Noël: So they are not assuming their duty under Ruby, then.

[Opposing Counsel]: I'm saying that this conflicts with the duty under Ruby. That's my submission to you. And there is no exemption provided for it....

[Transcript, pages 49 and 50.]

[44] Such a result cannot possibly be what Parliament intended as a result of the enactment of section 18.1. If Parliament had wanted to diminish the scope of the duty of candour imposed upon government counsel, it would have addressed this explicitly.

[45] Overall, the consequences of strictly and literally interpreting the new section 18.1 CSIS human source privilege, as proposed by Opposing Counsel, are extreme and would significantly impact the ability of designated judges to ensure fairness and the proper administration of justice. The section 18.1 privilege cannot, in practice, be applicable to the designated judge; the fundamental principles of fairness and justice would otherwise be compromised. Such an interpretation also does not recognize that the judicial duties designated judges must assume shift from proceeding to proceeding and from different spheres of law.

[46] It is my opinion that designated judges, over years of work, have reached an appropriate level of judicial insight and experience into the field of national security. I very much doubt that the legislator intended to destroy years' worth of procedural and substantive jurisprudential evolution when it enacted the section 18.1 CSIS human source privilege.

[Avocats adverses] : À mon avis, c'est le propre de cette mesure législative. C'est ce qu'elle a d'intéressant.

Juge Noël : Alors, quelle est la prochaine étape?

[Avocats adverses] : Ils ne le peuvent pas, s'ils ne peuvent pas révéler l'identité de la source parce qu'elle n'y a pas consenti.

Juge Noël : Donc, ils ne s'acquittent pas de leur obligation au titre de l'arrêt *Ruby*.

[Avocats adverses] : Je dis que cela entre en conflit avec l'obligation au titre de l'arrêt *Ruby*. C'est l'observation que je vous présente. Et il n'y a pas d'exception. [...]

[Transcription, pages 49 et 50.]

[44] Un tel résultat ne peut tout simplement pas être ce que le législateur avait l'intention d'accomplir en adoptant l'article 18.1. S'il avait voulu restreindre la portée de l'obligation de franchise imposée aux avocats du gouvernement, le législateur l'aurait mentionné explicitement.

[45] Dans l'ensemble, l'interprétation stricte et littérale du nouveau privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 proposée par les avocats adverses aurait des conséquences très graves qui nuiraient énormément à la capacité des juges désignés d'assurer l'équité et la bonne administration de la justice. En pratique, le privilège établi à l'article 18.1 ne saurait s'appliquer aux juges désignés sans porter atteinte aux principes fondamentaux d'équité et de justice. En outre, cette interprétation ne tient pas compte du fait que les fonctions judiciaires dont doivent s'acquitter les juges désignés changent d'une instance et d'un domaine du droit à l'autre.

[46] Je suis d'avis que les juges désignés, après des années de travail, ont acquis suffisamment de discernement et d'expérience sur le plan judiciaire dans le domaine de la sécurité nationale. Je doute fort que le législateur, en adoptant l'article 18.1 qui établit le privilège relatif aux sources humaines du SCRS, ait eu l'intention de réduire à néant des années d'une évolution importante de la jurisprudence et de la procédure.

[47] The proposed strict, literal, and limited textual legislative interpretation, if accepted, would smother many important aspects of the practical application of the national security legal framework. The practical context in which the new section 18.1 privilege operates must be taken into consideration; it must be interpreted as fitting within the framework, not eradicating substantive and procedural rights that have been developed over time with great difficulty. Principles of purposive and contextual legislative interpretation and practical considerations call for giving significant weight to the context in which statutes are enacted and significant weight to the context in which they will operate in practice.

VI. CONCLUSION

[48] In conclusion, near the end of the hearing, Opposing Counsel and I discussed the consequences of their position on the functioning of designated proceedings. To my mind, it is inappropriate to imply that a statute is unconstitutional while not presenting any formal arguments supporting such a claim and expecting the Court to interpret a statutory scheme accordingly. Asking the Court to adopt an interpretation heavy with systemic consequences on the jurisdiction of the Court [***] without properly developed submissions, seems to me to be questionable.

[49] For the purposes of this judgment, I reject the strict and literal interpretation proposed by Opposing Counsel. Based on my reading of the Act as a whole, and on the practical context in which it is applied, I conclude that the section 18.1 CSIS human source privilege cannot be applicable to the designated judge. Accordingly, designated judges can bring up issues regarding disclosure of CSIS human source information *de facto*. A subsection 18.1(4) application is a mechanism available to the parties before the designated judge allowing them to raise the issue of disclosure if necessary. The legislator did not intend to restrict the designated judges' abilities to properly fulfil their duties of ensuring fairness and maintaining the proper administration of justice by limiting their power to question and

[47] Une interprétation stricte, littérale et purement textuelle, comme elle a été proposée, saperait de nombreux aspects importants de l'application pratique du cadre juridique de la sécurité nationale. Il est nécessaire de tenir compte du contexte pratique dans lequel s'applique le nouveau privilège établi à l'article 18.1 et de l'interpréter de manière à ce qu'il s'inscrive dans le cadre, pas de manière à ce qu'il détruise des droits fondamentaux et procéduraux élaborés au fil du temps aux prix de grands efforts. Les principes d'interprétation législative téléologiques et contextuels ainsi que les considérations pratiques donnent une importance considérable au contexte entourant l'adoption des lois et au contexte entourant leur application en pratique.

VI. CONCLUSION

[48] En conclusion, vers la fin de l'audience, les avocats adverses et moi avons discuté des conséquences de leur position sur le fonctionnement des instances désignées. Selon moi, il est inapproprié de laisser entendre qu'une loi est inconstitutionnelle sans présenter d'arguments en bonne et due forme à l'appui et en s'attendant à ce que la Cour interprète un régime législatif en conséquence. Il me semble discutable de demander à la Cour d'adopter une interprétation lourde de conséquences systémiques sur sa juridiction et contraire aux mesures de protection de l'équité procédurale obtenues de haute lutte, et ce, sans observations dûment élaborées.

[49] En l'espèce, je rejette l'interprétation stricte et littérale proposée par les avocats adverses. Me fondant sur ma compréhension de la Loi dans son ensemble et sur le contexte dans lequel elle est appliquée en pratique, je conclus que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 ne saurait s'appliquer aux juges désignés. Partant, ceux-ci peuvent *de facto* soulever des questions touchant à la communication d'informations relatives aux sources humaines du SCRS. Au besoin, si elles estiment que la communication des informations s'impose, les parties à l'instance présidée par un juge désigné peuvent présenter une demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le législateur n'avait pas l'intention de restreindre les moyens dont disposent les juges désignés pour s'acquitter adéquatement de

address the appropriateness of communicated information over the course of *ex parte*, *in camera* proceedings.

JUDGMENT

THEREFORE THIS COURT declares that the CSIS human source privilege created pursuant to section 18.1 of the CSIS Act is not applicable to designated judges.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the present reasons shall be reviewed initially by Counsel for the Government to identify, in the public's interest to be informed of legal issues in the national security law, which parts of these judgment and reasons can be made public within five days of the date of the present judgment and reasons. After those five days, Opposing Counsel shall review the redactions suggested within the subsequent five days. Any contentious issues shall be referred to the undersigned within the following three days for determination.

leurs fonctions, c'est-à-dire assurer l'équité et la bonne administration de la justice, en limitant leur pouvoir de remettre en question le caractère approprié des informations communiquées pendant une instance *ex parte* et à huis clos et de prendre les mesures qui s'imposent.

JUGEMENT

LA COUR statue que le privilège relatif aux sources humaines du SCRS établi à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne s'applique pas aux juges désignés.

EN OUTRE, LA COUR ORDONNE que, dans l'intérêt du public d'être informé des questions juridiques touchant à la sécurité nationale, les avocats du gouvernement examinent d'abord le présent jugement et les motifs qui l'accompagnent pour déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques dans les cinq jours suivant la date des présents jugement et motifs. Une fois ces cinq jours écoulés, les avocats adverses examinent le caviardage proposé dans les cinq jours suivants. Toute question litigieuse doit être soumise au soussigné dans les trois jours suivants pour qu'il se prononce.