

DES-5-08
2009 FC 204

DES-5-08
2009 CF 204

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

In the Matter of the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), sections 78 and 80 of the Act;

And in the Matter of Mohamed Harkat

INDEXED AS: HARKAT (RE) (F.C.)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, September 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 and 19; December 22, 2008.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Request to identify, produce for cross-examination covert human intelligence source(s) who provided information to Canadian Security Intelligence Service in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat's activities (subject of security certificate) — Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable in security certificate proceedings — However, analogous privilege may apply — Exception to that privilege limited to closed portion of security certificate proceeding where establishing need to know identity of source(s) to prevent flagrant denial of procedural fairness — Application of exception not established herein — Until proof of joint, informed waiver provided, Court must protect asserted privilege.

Security Intelligence — Civilian intelligence agency recruiting covert human intelligence source(s) who provided information in relation to intelligence investigation into Mohamed Harkat's activities (subject of security certificate) — Police informer privilege, innocence-at-stake exception not applicable since source(s) not recruited by police, security certificate proceeding not criminal proceeding — But public policy justifications for analogous common-law privilege applying to relationship between covert human intelligence sources, Canadian Security Intelligence Service — Exception limited to closed portion of proceeding where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source — Covert human intelligence source privilege,

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

Et le dépôt de ce certificat devant la Cour fédérale du Canada en vertu du paragraphe 77(1), et des articles 78 et 80 de la Loi;

Et Mohamed Harkat

RÉPERTORIÉ : HARKAT (RE) (C.F.)

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18 et 19 septembre; 22 décembre 2008.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête pour que l'identité des sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements au Service canadien du renseignement de sécurité concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité) soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées — Le privilège relatif aux indicateurs de police et l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne s'appliquent pas dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité — Toutefois, un privilège analogue peut s'appliquer — L'exception à ce privilège n'est applicable que dans la portion de l'instance qui se déroule à huis clos lorsqu'il est établi que le besoin de connaître l'identité des sources vise à empêcher une violation flagrante du principe d'équité procédurale — L'application de l'exception n'a pas été établie en l'espèce — Tant que la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée n'a pas été fournie, la Cour est tenue de maintenir le privilège revendiqué.

Renseignements de sécurité — Un service de renseignements civil a recruté les sources humaines secrètes de renseignement qui ont fourni des renseignements concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de Mohamed Harkat (visé par le certificat de sécurité) — Le privilège relatif aux indicateurs de police et l'exception relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne s'appliquaient pas parce que les sources n'ont pas été recrutées par la police et l'instance concernant un certificat de sécurité n'est pas une instance pénale — Cependant, les justifications relatives à l'ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue s'appliquent aux rapports entre les sources humaines secrètes de renseignement et le Service

exception designed to balance rights of individuals, collective — Given approach taken in present case, special advocates not establishing procedural fairness denied by exception not applied.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Public policy justifications for common law privilege analogous to police informer privilege — Privilege necessary to protect identities of covert human intelligence source(s) recruited by Canadian Security Intelligence Service during investigation into activities of person inadmissible to Canada on grounds of national security — Given nature of consequences to subject of security certificate, Charter, s. 7 justifying exception to privilege — That exception limited to closed portion of proceedings where special advocate establishing “need to know” identity of covert human intelligence source to prevent flagrant denial of justice which would bring administration of justice into disrepute — “Need to know” not established herein.

Criminal Justice — Evidence — Police informer privilege, innocence-at-stake exception reviewed — Not applicable to security certificate proceedings — Covert intelligence source(s) recruited by civilian intelligence agency, not police — Security certificate proceeding not criminal proceeding.

This was a request by the special advocates to have human source(s) identified and made available for cross-examination in the context of a security certificate proceeding. Mohamed Harkat was named in a certificate as a person inadmissible to Canada on grounds of national security under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The ministers’ evidence in support of the reasonableness of the certificate and the danger associated with Mr. Harkat included information provided by human source(s) to the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in relation to the investigation into Mr. Harkat’s activities. The special advocates appointed to represent Mr. Harkat’s interests wanted to cross-examine the covert human intelligence source(s) in order to test their credibility and possibly corroborate future explanations offered by Mr. Harkat in relation to his motives for coming to Canada. They proposed to conduct their cross-examination during a closed

canadien du renseignement de sécurité — L’exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement — Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs — Compte tenu de l’approche en l’espèce, les avocats spéciaux n’ont pas établi qu’il y a eu violation de l’équité procédurale du fait de la non-application de l’exception.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège de common law analogue au privilège relatif aux indicateurs de police — Le privilège est nécessaire pour protéger l’identité des sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d’une enquête sur les activités d’une personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale — Vu la nature des répercussions pour la personne visée par le certificat de sécurité, l’art. 7 de la Charte peut appeler une exception au privilège — Cette exception est limitée à la portion de l’instance qui se déroule à huis clos lorsque l’avocat spécial a établi qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement afin d’empêcher une violation flagrante du principe d’équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice — Le « besoin de connaître » n’a pas été démontré en l’espèce.

Justice criminelle et pénale — Preuve — Examen du privilège relatif aux indicateurs de police et de l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé — Inapplicables aux instances concernant un certificat de sécurité — Les sources secrètes de renseignement ont été recrutées par un service de renseignement civil, pas la police — L’instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale.

Il s’agissait d’une requête présentée par les avocats spéciaux pour que l’identité des sources humaines soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées dans le cadre d’une instance concernant un certificat de sécurité. Mohamed Harkat a été désigné dans un certificat à titre de personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). La preuve des ministres à l’appui du caractère raisonnable du certificat et du danger posé par M. Harkat comprenait des renseignements fournis par des sources humaines au Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) concernant l’enquête sur les activités de M. Harkat. Les avocats spéciaux nommés pour représenter les intérêts de M. Harkat voulaient contre-interroger les sources humaines secrètes de renseignement pour vérifier leur crédibilité et corroborer éventuellement les explications que M. Harkat pourrait ultérieurement faire.

hearing. They also requested an opportunity to interview the human source(s) prior to any evidence being given during a closed hearing.

The issues were whether police informer privilege applied to security certificate proceedings and, if so, whether the “innocence-at-stake” exception established in criminal proceedings applied.

Held, the request should be denied.

The police informer privilege is designed to protect the confidential police informer and, in doing so, encourage others to come forward with essential information which will aid in the protection of the public at large. Once the privilege is properly invoked, the Court is obligated to protect the police informer’s identity. Even where the Crown does not invoke the privilege, the Court is under a duty to apply it. The only exception to this rule of law is where a person’s innocence is at stake. This exception is only applicable in a criminal proceeding and is based on the principle that the “right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt is paramount.” Police informer privilege is absolute in a civil context.

The covert human intelligence source(s) at issue were recruited by a civilian intelligence agency. They were not “police” informers. Moreover, a security certificate proceeding is not a criminal proceeding. Therefore, the common law privilege protecting police informers and the innocence-at-stake exception to that privilege did not apply.

However, the courts have recognized that the public policy justifications for extending an analogous privilege to informants in the prison system or in a child protection context may be sufficient to override the public interest that information which might assist a judicial tribunal to ascertain facts relevant to an issue upon which it is required to adjudicate should be withheld from that tribunal. Such policy justifications apply with equal or greater force to the relationship between covert human intelligence sources and CSIS.

Wigmore identified four requisite fundamental conditions in *Evidence in Trials at Common Law* for a common law privilege. Those conditions were met herein. Covert human intelligence sources are vital to the functioning of intelligence

riement offrir relativement aux motifs qui l’ont incité à venir au Canada. Ils proposaient de procéder à leur contre-interrogatoire pendant une audience à huis clos. Ils demandaient aussi la possibilité de rencontrer les sources humaines avant la production de toute preuve au cours d’une audience à huis clos.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquait dans le cadre d’une instance concernant un certificat de sécurité et, si oui, si l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » dans le cadre d’une instance pénale s’appliquait.

Jugement : la requête doit être rejetée.

Le privilège relatif aux indicateurs de police est conçu pour protéger les informateurs confidentiels de la police et encourager ainsi d’autres informateurs à dévoiler des renseignements essentiels qui contribueront à assurer la protection de l’ensemble de la population. Dès lors que le privilège est invoqué à bon droit, la Cour est tenue de protéger l’identité de l’informateur de police. Même dans le cas où la Couronne n’invoque pas ce privilège, la Cour est tenue de le faire jouer. La seule exception à cette règle de droit est lorsque l’innocence de l’intéressé est en jeu. Cette exception joue uniquement dans une instance pénale et s’appuie sur le principe selon lequel le « droit d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité a [toujours] primé ». Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu en matière civile.

Les sources humaines secrètes de renseignement en cause ont été recrutées par un service de renseignement civil; il ne s’agissait pas d’indicateurs de « police ». En outre, une instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance pénale. Par conséquent, le privilège de common law qui protège les indicateurs de police et l’exception à ce privilège relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé ne jouent pas.

Toutefois, la jurisprudence a reconnu que les justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège analogue aux informateurs dans le système carcéral ou dans le contexte de la protection de l’enfance peuvent être suffisantes pour primer par rapport à l’intérêt public au refus de communiquer à un tribunal judiciaire les renseignements susceptibles de l’aider à déterminer les faits se rapportant à un litige qu’il doit trancher. Ces justifications de principe valent autant sinon plus à l’égard des rapports entre les sources humaines secrètes de renseignement et le SCRS.

Dans l’ouvrage *Evidence in Trials at Common Law*, M. Wigmore a exposé les quatre conditions fondamentales applicables à un privilège de common law. Ces conditions ont été remplies en l’espèce. Les sources humaines secrètes de

agencies and to the national security of Canada. They are essential national security assets. To fulfill their role, sources must remain anonymous and fully protected. Upon recruitment, CSIS gives a source a guarantee of confidentiality. Given the nature of the tasks performed by covert human intelligence sources, confidentiality is required to protect them from reprisals or ostracization from their community. The evidence established that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality were not upheld by the courts and that identifying a source to a special advocate or requiring a source to testify in a closed proceeding, even anonymously, will almost certainly end CSIS's relationship with that source.

A person named in a security certificate is in jeopardy of losing his status in Canada and being deported, and is subject to detention until such time as he leaves Canada or is released by Court order. Such a person is entitled to an elevated level of procedural fairness such that, where ordinarily an informer privilege analogous to the "police informer privilege" would be absolute, the engagement of section 7 of the Charter may justify an exception to the privilege. This exception will only be applicable in the closed portion of the proceeding where a special advocate has established that he or she has a "need to know" the identity of a covert human intelligence source to prevent a flagrant denial of procedural fairness which would bring the administration of justice into disrepute. This exception is based on the "need-to-know" rule which is a fundamental principle of the intelligence world. This exception is consistent with the intent of Parliament set out in subsection 18(2) of the CSIS Act, which provides for limited disclosure of information concerning human sources and covert operatives. The covert human intelligence source privilege and its necessarily limited exception is designed to balance the rights of individuals with those of the collective.

Parliament may abrogate common law privileges by legislation. However it must do so explicitly. The IRPA does not abrogate the operation of common law privileges. The ministers' obligation to disclose information is set out in subsection 77(2) and expanded by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326. Nothing in that case indicates that the Supreme Court intended to abrogate the application of common law privileges in the context of a security certificate proceeding.

The closed nature of the proceedings may limit the harm where a designated judge finds it necessary to apply the need-

reignement sont d'une importance vitale pour le fonctionnement des services de renseignement ainsi que pour la sécurité nationale du Canada. Elles constituent des ressources essentielles en ce qui touche la sécurité nationale. Pour remplir leur rôle, les sources doivent demeurer anonymes et pleinement protégées. Au moment du recrutement, le SCRS donne à la source une garantie de confidentialité. Vu la nature des tâches que les sources humaines secrètes de renseignement accomplissent, la confidentialité est nécessaire pour assurer leur protection contre les représailles ou l'ostracisme de leur communauté. La preuve démontrait que le recrutement des sources humaines serait compromise si les tribunaux ne respectaient pas les garanties de confidentialité et que le fait de divulguer l'identité d'une source aux avocats spéciaux ou d'exiger qu'une source témoigne dans une séance à huis clos, même sous le couvert de l'anonymat, mettra presque à coup sûr fin à la collaboration entre le SCRS et cette source.

La personne désignée dans un certificat de sécurité risque de perdre son statut au Canada et d'être expulsée, et est détenue jusqu'à ce qu'elle quitte le Canada ou qu'elle soit mise en liberté sur ordonnance de la Cour. Cette personne a droit à un niveau élevé d'équité procédurale de sorte que, là où un privilège analogue au « privilège relatif aux indicateurs de police » serait habituellement absolu, l'application de l'article 7 de la Charte peut appeler une exception au privilège en question. Cette exception sera uniquement applicable dans la portion de l'instance qui se déroule à huis clos, lorsque l'avocat spécial a établi qu'il a « besoin de connaître » l'identité de la source humaine secrète de renseignement afin d'empêcher une violation flagrante du principe d'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception est fondée sur la règle du « besoin de connaître » qui est un principe fondamental dans le monde du renseignement. Cette exception s'accorde avec l'intention du législateur énoncée au paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS, qui prévoit la communication restreinte de renseignements au sujet des sources humaines et des agents secrets. Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception forcément restreinte visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs.

Le législateur peut écarter des privilèges de common law par un texte législatif; toutefois, il doit le faire de manière explicite. La LIPR ne vient pas écourter les privilèges de common law. L'obligation des ministres de divulguer des renseignements est énoncée au paragraphe 77(2) et a été élargie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326. Cet arrêt ne contient aucun élément qui indique que la Cour suprême a voulu écarter les privilèges de common law dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité.

Le fait que l'instance se déroule à huis clos peut limiter le risque de préjudice lorsque le juge désigné estime qu'il est

to-know exception to the covert human intelligence source privilege in the context of a security certificate proceeding. However, the private closed nature of the hearing merely minimizes the impact of the disclosure order on an individual human source; it does not abrogate the privilege or eliminate the policy basis on which it is founded. The Court will always have the power to order that information be provided to it to determine whether that information is relevant or privileged.

The need-to-know exception cannot be used as an instrument of corroboration. In the context of security certificate proceedings, the need-to-know exception may only apply if it is the only way to establish that the proceeding will otherwise result in a flagrant denial of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. It is not to be used as a part of an arsenal of litigation strategy. There are other ways in which a special advocate may test the credibility and reliability of the information provided by a human source which do not require that the source be identified and produced. A CSIS witness testified and was cross-examined by the special advocates about the value, reliability and usefulness of information provided by the human sources. The witness also gave evidence as to the motivation of the source(s), handling issues, monetary payments and the personal history of the source(s) as a covert human intelligence source. The ministers filed an exhibit outlining the background of the human source(s), the source(s)'s motivation, meetings with the source(s)'s handlers, targeting of the source(s) and source handling issues. The exhibit also evaluated the value of the information received from the source(s) by highlighting instances of corroboration with other sources of information including other human sources, technical sources and information provided by foreign intelligence agencies. This approach met the requirements of fundamental justice and was consistent with the judicial duties of the designated judge. Therefore, the special advocates did not establish that the production of a human source(s) as a witness was necessary to avoid a flagrant denial of procedural fairness.

Covert human intelligence source privilege cannot be renounced unilaterally either by the human source or by the Crown. Any renunciation must be a joint decision based on a full understanding of the consequences. Until such time as proof of a joint and informed waiver is provided to it, the Court has an obligation to protect the asserted privilege subject only to the exception as outlined above. Great care must be taken to balance competing interests.

nécessaire de faire jouer l'exception touchant le besoin de connaître au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Toutefois, l'audience à huis clos ne fait que réduire les conséquences d'une ordonnance de divulgation sur une source humaine particulière; elle n'écarte pas le privilège ni ne dément la philosophie sous-jacente à celui-ci. La Cour aura toujours le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient remis pour qu'elle puisse décider s'ils sont pertinents ou sujets à un privilège.

On ne peut invoquer l'exception relative au besoin de connaître afin de faire des recoupements. Dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité, cette exception ne peut jouer que si c'est là la seule façon de démontrer que l'instance donnera lieu par ailleurs à une violation flagrante de l'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception ne saurait être intégrée à l'arsenal du plaideur. Il existe d'autres façons par lesquelles un avocat spécial peut vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine, qui n'appellent pas la divulgation de son identité ni sa production. Un témoin du SCRS a fait une déposition et a été contre-interrogé par les avocats spéciaux au sujet de la valeur, de la fiabilité et de l'utilité des renseignements fournis par les sources humaines. Le témoin a témoigné également au sujet de la motivation des sources, des questions touchant le contrôle et la rétribution financière des sources ainsi que leurs antécédents personnels et activités en tant que sources humaines secrètes de renseignement. Les ministres ont déposé une pièce exposant les antécédents et la motivation des sources humaines, les rencontres avec les contrôleurs, le ciblage, ainsi que la question du contrôle des sources. Elle y faisait également l'examen de la valeur des renseignements reçus en mettant en évidence des exemples de recoupement avec d'autres sources de renseignement, dont d'autres sources humaines, des sources techniques et des renseignements fournis par des organismes étrangers de renseignement. Cette démarche s'accordait avec les obligations judiciaires du juge désigné et répondait aux exigences de la justice fondamentale. En conséquence, les avocats spéciaux n'ont pas établi que la production de sources humaines comme témoins était nécessaire pour empêcher une violation flagrante de l'équité procédurale.

Ni la source humaine ni la Couronne ne peuvent renoncer unilatéralement au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. Toute renonciation doit être faite de concert par les intéressés, qui doivent en saisir pleinement les conséquences. Tant qu'on ne lui a pas fourni la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée, la Cour est tenue de maintenir le privilège revendiqué sous réserve seulement de l'exception énoncée ci-dessus. Il faut accorder une attention particulière à l'évaluation des enjeux divergents.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 36 (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153).
- 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.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 18(1),(2), 39.
- Executive Order 12356*, 3 C.F.R. 66 (1982).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(c),(d),(f), 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(c) (as am. *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.4(1) (as enacted *idem*), 112.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 34 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 6(1)).
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (U.K.), 2000, c. 23, s. 29(5).
- Security of Information Act*, R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25).

CASES CITED

CONSIDERED:

- Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457; *Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, (1981), 128 D.L.R. (3d) 193, 62 C.C.C. (2d) 193; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, 4 Admin. L.R. 205; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, (1990), 61 C.C.C. (3d) 300, 2 C.R. (4th) 153; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *R. c. Treu*, [1979] J.Q. No. 202 (C.A.) (QL); *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, (1995), 162 A.R. 269, 96 C.C.C. (3d) 318; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65.

REFERRED TO:

- Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285

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.
- Executive Order 12356*, 3 C.F.R. 66 (1982).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 36 (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153).
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)(c),(d),(f), 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(c) (mod., *idem*), 85.2 (édicte, *idem*), 85.4(1) (édicte, *idem*), 112.
- Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 34 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6(1)).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18(1),(2), 39.
- Regulation of Investigatory Powers Act 2000* (R.-U.), 2000, ch. 23, art. 29(5).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Treu*, [1979] J.Q. n° 202 (C.A.) (QL); *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393.

DÉCISIONS CITÉES :

- Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Rice c. Commission*

D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223; *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (F.C.T.D.); *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 185 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275; *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225, 63 C.R. (6th) 70, 181 C.R.R. (2d) 262; *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL 64; *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (2005), 41 EHRR 494; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, (1995), 162 A.R. 272, 27 Alta. L.R. (3d) 1; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, 180 C.R.R. (2d) 338, 331 F.T.R. 301.

AUTHORS CITED

Canada. *Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, (Honourable Frank Iacobucci, Q.C. Commissioner), Ottawa: Public Works and Government Services, 2008, online: <<http://www.iacobucciinquiry.ca>>.

Canada. Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *Report*. (3 vols.), Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

Canada. Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1, Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

New Zealand. *Security in the Government Sector*. Department of the Prime Minister and Cabinet, 2002, online: <<http://www.security.govt.nz/signs/signs.pdf>>.

Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Toronto: Butterworths, 1999.

Supreme Court of Canada. Remarks of the Right Honourable Beverley McLachlin, P.C. Chief Justice of Canada, Symons Lecture—2008, online: <<http://www.scc-csc.gc.ca>>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

REQUEST by the special advocates to have human source(s) identified and made available for cross-examination in the context of a security certificate proceeding. Request denied.

APPEARANCES

M. W. Dale, David W. Tyndale and *A. Seguin* for applicant.

nationale des libérations conditionnelles, [1985] A.C.F. n° 600 (1^{re} inst.) (QL); *Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.); *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225, 63 C.R. (6th) 70; *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2008] UKHL 64; *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (2005), 41 EHRR 494; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 72; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Rapport*. (3 vols.), Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r. commissaire), Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2008, en ligne : <<http://www.iacobucciinquiry.ca>>.

Cour suprême du Canada. Notes d'allocution de la très honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada, Causerie Symons — 2008, en ligne : <<http://www.scc-csc.gc.ca>>.

Nouvelle-Zélande. *Security in the Government Sector*, Département du Premier ministre et du Cabinet, 2002, en ligne : <<http://www.security.govt.nz/signs/signs.pdf>>.

Sopinka, J. et al. *The Law of Evidence in Canada*, 2^e éd., Toronto : Butterworths, 1999.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

REQUÊTE présentée par les avocats spéciaux pour que l'identité des sources humaines soit divulguée et que celles-ci soient contre-interrogées dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité. Requête rejetée.

ONT COMPARU

M. W. Dale, David W. Tyndale et *A. Seguin* pour le demandeur.

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

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Copeland, Duncan, Toronto, and Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre and Cornish, LLP, Toronto, as special advocates.

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

[1] NOËL J.: On February 22, 2008, a certificate naming Mohamed Harkat as a person inadmissible to Canada on grounds of national security was referred to the Federal Court pursuant to section 77 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA or Act).

[2] The Chief Justice designated me to hear this proceeding on May 6, 2008. Orders establishing a schedule for the determination of the reasonableness of the certificate and appointing two special advocates to represent the interests of Mr. Harkat during the closed hearings¹ were issued on June 4, 2008.

[3] To date, the Court has heard the submissions of the ministers and the special advocates on the extent of disclosure required by *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui No. 2*) and, on September 24, 2008, ordered that the ministers comply with their obligation to disclose. The Court has not yet received full disclosure in compliance with *Charkaoui No. 2*.

[4] Two weeks of closed hearings were held in September 2008 and public hearings were conducted in October and November 2008. During these hearings, the ministers presented their evidence in support of the reasonableness of the certificate and the danger associated with Mr. Harkat. The Court has also heard evidence and oral submissions in December 2008 in relation

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

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Copeland, Duncan, Toronto, et Cavalluzzo, Hayes, Shilton, McIntyre and Cornish, LLP, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.

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

[1] LE JUGE NOËL : Le 22 février 2008, un certificat désignant Mohamed Harkat à titre de personne interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale a été déposé devant la Cour fédérale en vertu de l'article 77 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR ou la Loi).

[2] Le 6 mai 2008, le juge en chef m'a désigné pour entendre la présente affaire. Le 4 juin 2008, ont été rendues des ordonnances établissant l'échéancier pour l'examen du caractère raisonnable du certificat en cause et désignant deux avocats spéciaux pour représenter les intérêts de M. Harkat pendant l'audience à huis clos¹.

[3] À ce jour, la Cour a entendu les observations des ministres et des avocats spéciaux sur l'étendue de la divulgation exigée par l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui n° 2*) et, le 24 septembre 2008, elle a ordonné que les ministres se conforment à leur obligation de divulgation. La Cour n'a pas encore reçu divulgation complète conformément à l'arrêt *Charkaoui n° 2*.

[4] Des audiences à huis clos ont été tenues pendant deux semaines, en septembre 2008, et des audiences publiques se sont déroulées en octobre et en novembre 2008. Au cours de ces audiences, les ministres ont présenté leur preuve pour étayer le caractère raisonnable du certificat et le danger associé à M. Harkat. La Cour a également entendu, en décembre 2008, la preuve et les

* Editor's Note: Expurged portions are denoted by "[...]".

* Note de l'arrêviste : Les passages expurgés sont indiqués par « [...] ».

to Mr. Harkat's request to review the conditions of his release.

[5] The evidence currently before this Court discloses that [...] human source(s) provided information to the Service [Canadian Security Intelligence Service] in relation to the intelligence investigation into Mr. Harkat's activities. No determination of the reliability or weight to be given to this information has been made. Nothing in these reasons should be interpreted as giving any probative value to any of the reports originating from human sources.

[6] In September 2008, during a closed hearing, the special advocates sought an order of this Court compelling the ministers to produce for cross-examination covert human intelligence source(s) who provided information about Mr. Harkat to the Canadian Security Intelligence Service. They propose to conduct their cross-examination during a closed hearing before this Court.

[7] They are also requesting that they be granted an opportunity to interview the human source(s) prior to any evidence being given during a closed hearing.

[8] The special advocates wish to test the credibility of the human source(s) and possibly corroborate future explanations which may be testified to by Mr. Harkat in relation to his motives for coming to Canada in the mid-1990s. They provide no further justification to the Court beyond this general objective.

[9] The ministers note that this is the first time that a request has been made for human source(s) to testify in the context of a security certificate proceeding. It is their position that the police informer privilege is applicable to these proceedings and that no "innocence-at-stake" exception exists in the context of a non-criminal proceeding pursuant to the IRPA. The closed nature of the proceeding does not, according to the ministers, render inoperative legal privileges. Such privileges are applicable in the absence of clear statutory language suspend-

arguments oraux concernant la demande de M. Harkat en révision des conditions de sa mise en liberté.

[5] Il ressort de la preuve dont dispose actuellement la Cour que [...] une/des source(s) humaine(s) a/ont fourni des renseignements au Service [Service canadien du renseignement de sécurité] concernant l'enquête en matière de renseignement sur les activités de M. Harkat. La Cour ne s'est pas penchée sur la fiabilité ni sur l'importance qu'il convenait d'accorder à ces renseignements. Rien dans les présents motifs ne devrait donc être interprété comme accordant une quelconque valeur probante à l'un ou l'autre des rapports provenant de sources humaines.

[6] En septembre 2008, au cours d'une audience à huis clos, les avocats spéciaux ont demandé à la Cour de rendre une ordonnance obligeant les ministres à faire comparaître pour contre-interrogatoire la/les source(s) humaine(s) secrète(s) ayant fourni au Service canadien du renseignement de sécurité des renseignements sur M. Harkat. Les avocats proposent de procéder à leur contre-interrogatoire pendant une audience à huis clos devant la Cour.

[7] Ils demandent également que leur soit donnée la possibilité de rencontrer la/les source(s) humaine(s) avant la production de toute preuve au cours d'une audience à huis clos.

[8] Les avocats spéciaux souhaitent vérifier la crédibilité de la/des source(s) humaine(s) et corroborer éventuellement les explications que M. Harkat pourrait ultérieurement offrir dans son témoignage relativement aux motifs qui l'ont incité à venir au Canada au milieu des années 1990. Les avocats n'ont fourni aucune autre justification à la Cour à part cet objectif général.

[9] Les ministres soulignent que c'est la première fois qu'on demande de faire témoigner une/des source(s) humaine(s) dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Ils soutiennent que le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique en l'espèce et qu'aucune exception relative à la « démonstration de l'innocence de l'accusé » n'existe dans le contexte d'une instance non pénale en vertu de la LIPR. Selon les ministres, le caractère fermé de la présente instance ne rend pas inopérants les privilèges juridiques. Ces derniers

ing them; see, for example, *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574 (*Blood Tribe*), at paragraph 11.

[10] The special advocates acknowledge that the police informer privilege would ordinarily be applicable to covert human intelligence sources recruited by the Service in public proceedings. However, they assert that the privilege has no application to the closed portion of these proceedings.

[11] Should the Court find that the police informer privilege applies to the closed portion of these proceedings, the special advocates argue that they have established that the information they seek to compel falls within the “innocence-at-stake” exception as set out in the criminal jurisprudence.

[12] The ministers take the position that the police informer privilege is applicable to human sources of the Service and is absolute in the context of this certificate proceeding.

The scope of the confidential police informer privilege

[13] In a leading case on the informer privilege, *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281 (*Leipert*), the Supreme Court stated that [at paragraph 9] “informer privilege is an ancient and hallowed protection which plays a vital role in law enforcement.” The receipt of information about criminal activity from confidential police informants is of “fundamental importance to the workings of a criminal justice system” (*Leipert*, at paragraph 10). However, it is clear that a police informant is at “risk of retribution from those involved in crime” (*Leipert* [at paragraph 9]). Thus, the police informer privilege plays a two-fold role: to protect the confidential police informer and, in doing so, encourage others to come forward with essential information which will aid in the protection of the public at large.

s’appliquent en l’absence de dispositions législatives claires prévoyant leur suspension; voir, par exemple, l’arrêt *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574 (*Blood Tribe*), au paragraphe 11.

[10] Les avocats spéciaux reconnaissent que le privilège relatif aux indicateurs de police s’appliquerait normalement, dans des instances publiques, aux sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service. Toutefois, ils soutiennent que le privilège en cause ne s’applique pas à la partie de l’instance se déroulant à huis clos.

[11] Si la Cour conclut que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique à la partie de l’instance se déroulant à huis clos, les avocats spéciaux affirment avoir établi que les renseignements qu’ils cherchent à obtenir sont sujets à l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ainsi qu’il ressort de la jurisprudence en matière pénale.

[12] Les ministres soutiennent que le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique aux sources humaines du Service et qu’il est absolu dans le contexte de la présente instance concernant un certificat de sécurité.

La portée du privilège relatif aux indicateurs confidentiels de police

[13] Dans un arrêt de principe sur la question du privilège relatif aux indicateurs de police, l’arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 (*Leipert*), la Cour suprême a déclaré [au paragraphe 9] que « le privilège relatif aux indicateurs de police constitue une protection ancienne et sacrée qui joue un rôle vital en matière d’application de la loi ». Obtenir des renseignements sur une activité criminelle auprès d’informateurs confidentiels de la police est « d’une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice criminelle » (*Leipert*, au paragraphe 10). Toutefois, il est clair qu’un informateur de police court « un risque de vengeance de la part des criminels » (*Leipert* [au paragraphe 9]). Par conséquent, le privilège relatif aux indicateurs joue un double rôle : protéger les informateurs confidentiels de la police et encourager ainsi d’autres informateurs à

[14] The privilege is a “rule of public policy that is not a matter of discretion” (*Solicitor General of Canada et al. v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494 (*Health Records*) [at page 527]). See also *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60 (*Bisaillon*), at page 93; and *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), at page 498. Once it is properly invoked, the Court is obligated to protect the police informer’s identity. Indeed, even where the Crown does not invoke the privilege, the Court is under a duty to apply it (*Bisaillon*, at page 98). The only exception to this rule of law is where a person’s innocence is at stake. In *Marks v. Beyfus*, Lord Esher M.R., clearly set out the “innocence-at-stake” exception [at page 498]:

I do not say it is a rule which can never be departed from; if upon the trial of a prisoner the judge should be of the opinion that the disclosure of the name of the informant is necessary or right in order to shew the prisoner’s innocence, then one public policy is in conflict with another public policy, and that which says that an innocent man is not to be condemned when his innocence can be proved is the policy that must prevail.

[15] The innocence-at-stake exception to the informer privilege is only applicable in a criminal proceeding and is based on the principle that the “right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt [is] paramount” (*R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979 (*Scott*), at pages 995–996).

[16] The courts have given precision to the “innocence-at-stake” exception. Where the police informer is a material witness to the crime or acts as an *agent provocateur* the privilege will be set aside (*Scott*, at page 996; see also *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 (*Named Person*), at paragraph 29). In *Scott*, the Supreme Court also noted that “[a] third exception may exist where the accused seeks to establish that the search was not undertaken on reasonable grounds and therefore contravened the provisions of s. 8 of the *Charter*” (*Scott*, at page 996).

dévoiler des renseignements essentiels devant faciliter la protection de l’ensemble de la population.

[14] Ce privilège constitue une « règle d’intérêt public qui échappe à tout pouvoir discrétionnaire » (*Solliciteur général du Canada et autre c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494 (*Dossiers de santé*) [à la page 527]). Voir également les arrêts *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60 (*Bisaillon*), à la page 93; et *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.), à la page 498. Dès lors que le privilège est judicieusement invoqué, la Cour est tenue de protéger l’identité de l’informateur de police. De fait, même dans le cas où la Couronne n’invoque pas ce privilège, la Cour a le devoir de l’appliquer (*Bisaillon*, à la page 98). La seule exception à cette règle de droit est lorsque l’innocence d’une personne est en cause. Dans l’arrêt *Marks v. Beyfus*, le maître des rôles lord Esher énonce clairement l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » [à la page 498] :

[TRADUCTION] Je ne dis pas que cette règle ne peut jamais souffrir d’exception; si au procès d’un accusé le juge est d’avis qu’il est nécessaire ou juste de divulguer le nom de l’informateur pour démontrer l’innocence de l’accusé, il y a alors conflit entre deux intérêts publics et c’est celui selon lequel il ne faut pas condamner un innocent lorsqu’il est possible de prouver son innocence qui doit prévaloir.

[15] L’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé s’applique uniquement dans une instance pénale et s’appuie sur le principe selon lequel « le droit d’une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable au sujet de sa culpabilité a toujours primé » (*R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979 (*Scott*), aux pages 995 et 996).

[16] Les tribunaux ont précisé les contours de l’exception relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». Lorsque l’indicateur de police est un témoin essentiel du crime ou qu’il agit comme agent provocateur, le privilège en cause sera écarté (*Scott*, à la page 996; voir également *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 (*Personne désignée*), au paragraphe 29). Dans l’arrêt *Scott*, la Cour suprême a également fait remarquer qu’« [u]ne troisième exception serait possible dans le cas où l’accusé chercherait à montrer que la perquisition n’était pas fondée sur des

[17] Police informer privilege is absolute in a civil context, even where the identity of the informant is sought in the context of a public inquiry into police wrongdoing (see *Health Records*, at page 539; *Named Person*, at paragraph 27; and *Scott*, at pages 395–396).

Does the police informer privilege apply in these proceedings?

[18] In the cases relied on by the special advocates and by the ministers, the confidential informant whose identity was at issue was a police informer. The covert human intelligence source(s) at issue in this motion for production are recruited by a civilian intelligence agency; they are not “police” informers providing information to police in the course of their duties. Moreover, a certificate proceeding is not a criminal proceeding. Covert human intelligence sources are individuals who have been promised confidentiality in return for their assistance in gathering information relating to the national security concerns of Canada. Thus the common law privilege protecting police informers and the innocence-at-stake exception to that privilege are not applicable *per se* to the covert human intelligence sources recruited by the Service.

[19] However, a form of police informer privilege has been extended, by way of analogy in the incremental tradition of the common law, to statements made by informants to the National Parole Board (*Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Amin. L.R. 157 (F.C.T.D.)), as well as statements made by confidential informants to child welfare authorities (*D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1 (*D. v. N.S.P.C.C.*)) and gambling regulators in England (*Reg. v. Lewes Justices, Ex parte Secretary of State for Home Department*, [1973] A.C. 388 (H.L.)). The courts have recognized that the public policy justifications for extend-

motifs raisonnables et violait par conséquent l’art. 8 de la Charte » (*Scott*, à la page 996).

[17] Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu en matière civile, même lorsqu’on cherche à connaître l’identité de l’informateur dans le contexte d’une enquête publique sur des abus commis par la police (voir *Dossiers de santé*, à la page 539; *Personne désignée*, au paragraphe 27; et *Scott*, aux pages 395 et 396).

Le privilège relatif aux indicateurs de police s’applique-t-il en l’espèce?

[18] Dans les décisions invoquées par les avocats spéciaux et par les ministres, l’informateur confidentiel dont l’identité était en cause était un indicateur de police. La/les source(s) humaine(s) secrète(s) en cause dans la présente requête en production sont recrutées par un service de renseignement civil; il ne s’agit pas d’indicateurs de « police » qui fournissent des renseignements à la police dans l’exercice de leurs fonctions. En outre, une instance concernant un certificat de sécurité ne constitue pas une instance criminelle. Les sources humaines secrètes sont des personnes auxquelles on a garanti la confidentialité en échange de renseignements concernant les préoccupations du Canada en matière de sécurité nationale. Par conséquent, le privilège de common law qui protège les indicateurs de police et l’exception à ce privilège relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé » ne s’appliquent pas comme tels aux sources humaines secrètes de renseignement recrutées par le Service.

[19] Toutefois, une certaine forme de privilège relatif aux indicateurs de police a été étendue, par analogie selon la tradition progressive de la common law, aux déclarations des informateurs faites à la Commission nationale des libérations conditionnelles (*Rice c. Commission nationale des libérations conditionnelles*, [1985] A.C.F. n° 600 (1^{re} inst.) (QL)), ainsi qu’aux déclarations des informateurs confidentiels faites aux autorités de protection de l’enfance (*D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1977] UKHL 1 (*D. v. N.S.P.C.C.*)) et aux autorités de réglementation des jeux de hasard en Angleterre (*Reg. v. Lewes Justices*,

ing an analogous privilege to informants in the prison system or in the child protection context may be sufficient to override “the public interest that information which might assist a judicial tribunal to ascertain facts relevant to an issue upon which it is required to adjudicate should be withheld from that tribunal” (*D. v. N.S.P.C.C.*, per Lord Diplock [at page 3]).

[20] In *Evidence in Trials at Common Law* [by John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961, at page 527], the author sets out the four fundamental conditions which must be met before a common law privilege is extended or recognized:

(1) The communications must originate in a confidence that they will not be disclosed.

(2) This element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered.

(4) The injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of the litigation.

[21] Similarly, in *The Law of Evidence in Canada* (by J. Sopinka *et al.*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999, at page 883), the authors note:

Where the court is asked to extend the rule beyond the traditional parameters, a careful inquiry into the public policy aspects is required. Society’s need to foster the informal relationship must be clearly evidenced.

[22] The policy justifications underlying the existence of the privilege in the law enforcement context and, the extension of the privilege to parole board and child protection matters, apply with equal or greater force to

Ex parte Secretary of State for Home Department, [1973] A.C. 388 (H.L.)). Les tribunaux ont reconnu que les justifications relatives à l’ordre public données pour étendre un privilège analogue aux informateurs dans le système carcéral ou dans le contexte de la protection de l’enfance peuvent être suffisantes pour primer [TRADUCTION] « par rapport à l’intérêt public au refus de communiquer à un tribunal judiciaire les renseignements susceptibles de l’aider à déterminer les faits se rapportant à un litige qu’il doit trancher » (*D. v. N.S.P.C.C.*, lord Diplock [à la page 3]).

[20] Dans l’ouvrage *Evidence in Trials at Common Law* [par John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961, à la page 527], l’auteur énonce les quatre conditions fondamentales pour qu’un privilège de common law puisse être étendu ou reconnu :

[TRADUCTION]

1) Les communications doivent avoir été transmises confidentiellement avec l’assurance qu’elles ne seraient pas divulguées.

2) Le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

3) Les rapports doivent être de la nature de ceux qui, selon l’opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment.

4) Le préjudice permanent que subirait les rapports à la suite de la divulgation des communications doit être plus considérable que l’avantage à retirer d’une juste décision.

[21] De la même manière, le juge Sopinka note dans son ouvrage intitulé *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd., Toronto : Butterworths, 1999, à la page 883) :

[TRADUCTION] Lorsqu’il est demandé au tribunal d’élargir la portée de la règle au-delà des paramètres traditionnels, il faut examiner minutieusement les aspects d’ordre public. La nécessité, pour la société, de favoriser la relation officieuse doit ressortir clairement.

[22] Les justifications de principe qui sous-tendent l’existence du privilège dans le contexte de l’application de la loi et l’extension de ce privilège à la commission des libérations conditionnelles et aux affaires

the relationship between covert human intelligence sources and the Service (*Rice*, above, at paragraphs 16–17 and *D. v. N.S.P.C.C.*, above, at page 4).

[23] As noted in *Health Records*, above, the Supreme Court perceived an even “stronger” police informer privilege in national security matters than in criminal investigations (notably, in this case, the informants were police informers who provided information to the police in the course of their investigation). Justice Martland, writing for a majority of the Court, observed at page 537:

The foundation for the existence of [the informer rule], which evolved in respect of the field of criminal investigation, is even stronger in relation to the function of the police in protecting national security. A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has ever greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.[²]

[24] Covert human intelligence sources are vital to the functioning of intelligence agencies and to the national security of Canada.³ They are not limited to passive intelligence gathering as technical methods are, but rather are able to actively solicit and obtain information that would otherwise be inaccessible. They do so often at great risk to themselves and to their families. Fundamentally, information provided by covert human intelligence sources allows intelligence agencies to make more accurate and timely assessments of threats to the security of Canada. As such, they are essential national security assets.⁴

[25] The Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Mounted Canadian Police (the

concernant la protection de l’enfance, s’appliquent autant sinon plus aux relations entre les sources humaines secrètes de renseignement et le Service (*Rice*, précité, aux paragraphes 16 et 17 et *D. v. N.S.P.C.C.*, précité, à la page 4).

[23] Dans l’arrêt *Dossiers de santé*, précité, la Cour suprême a reconnu que le privilège relatif aux indicateurs de police était encore plus « ferme » en matière de sécurité nationale qu’en matière d’enquête criminelle (dans cette affaire les informateurs étaient des indicateurs de police qui avaient fourni des renseignements à la police au cours d’une enquête). Le juge Martland, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour, a dit ce qui suit, à la page 537 :

Le fondement de l’existence de ce principe [en matière d’indicateurs de police], qui a évolué dans le domaine des enquêtes criminelles, est encore plus ferme lorsqu’il s’agit du travail policier dans la protection de la sécurité nationale. Dans bon nombre de cas où, en l’espèce, on a tenté d’obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d’une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l’État, y compris des chefs d’État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l’identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d’une enquête policière sur le crime se justifie d’autant plus lorsqu’il s’agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme[²].

[24] Les sources humaines secrètes de renseignement sont d’une importance vitale pour le fonctionnement des services de renseignement ainsi que pour la sécurité nationale du Canada³. Ces sources ne se limitent pas à recueillir des renseignements d’une manière passive comme le font les sources techniques, mais elles sont au contraire en mesure d’activer et obtenir des renseignements autrement inaccessibles. Elles le font souvent en s’exposant, eux-mêmes et leurs familles, à de grands risques. Fondamentalement, les informations fournies par les sources humaines secrètes permettent aux services de renseignement d’évaluer d’une manière plus rigoureuse et opportune les menaces à la sécurité du Canada. Elles constituent donc des ressources essentielles en ce qui touche la sécurité nationale⁴.

[25] La Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission

McDonald Commission), observed at page 536 of Volume 1 of its *Second Report: Freedom and Security under the Law* (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) that:

58. The use of human sources and undercover members, collectively referred to by us as “undercover operatives”, is the most established method of collecting information about threats to security. Despite the technological revolution which has provided a variety of technical alternatives as a means of penetrating secretive organizations, the undercover operative is likely to remain an extremely important source of information to a security intelligence agency.

59. An undercover operative can be a much more penetrating means of collecting information than any technical device. A technical source ... is essentially a passive instrument which can record only what is said or done at one particular place. In contrast, undercover operatives—human spies—have frequently penetrated the innermost circles of groups, probed the intentions of their leading members....

[26] To fulfill their role, sources must remain anonymous and fully protected; at no time can they be identified explicitly or implicitly by the agencies. To this end, upon recruitment, the Service gives a source a guarantee of confidentiality [...]. Access to information about covert human intelligence sources is severely restricted and compartmentalized in an area that is separate from other Service information.⁵

[27] Confidentiality ensures the safety of covert human intelligence sources who often place themselves in harms way to fulfill the investigatory objectives of the Service. Given the nature of the tasks performed by covert human intelligence sources, confidentiality is required to protect them from reprisals or ostracization from their community.⁶

[28] If the Service is unable to protect the identity of its sources or is required to produce them in the context of a court proceeding (even one that is closed to the public), the number of individuals willing to come forward with information would be reduced. Indeed, there is evidence before this Court that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of

McDonald) a fait observer ce qui suit, à la page 536 du volume 1 de son *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi* (Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981) :

58. Le recours aux sources humaines ou aux informateurs et aux membres clandestins que nous regroupons sous l'appellation « agents secrets », est la mieux établie des méthodes de collecte de renseignements sur les menaces à la sécurité. En dépit de la révolution technologique, à qui l'on doit tout un éventail de moyens techniques de noyauter les organisations secrètes, il est probable que l'agent secret demeurera pour un service de renseignements une source extrêmement importante d'information.

59. L'agent secret peut constituer une source de renseignements beaucoup plus riche que n'importe quel dispositif technique. La source technique [...] est essentiellement un instrument passif capable uniquement de capter ce qui se dit ou se fait à un endroit donné. Par contre, les agents secrets — les espions — ont souvent réussi à s'infiltrer dans les cercles les plus intimes des groupes, sondant les intentions de leurs dirigeants [...]

[26] Pour remplir leur rôle, les sources doivent demeurer anonymes et pleinement protégées; leur identité ne doit jamais être dévoilée explicitement ou implicitement par les agences de renseignement. À cette fin, au moment du recrutement, le Service donne à la source une garantie de confidentialité [...]. L'accès à l'information sur les sources humaines secrètes de renseignement est strictement limité et compartimenté dans un secteur séparé du Service⁵.

[27] La confidentialité vise à assurer la sécurité des sources humaines secrètes de renseignement qui se mettent souvent en danger pour satisfaire aux objectifs d'enquête du Service. Vu la nature des tâches qu'elles accomplissent, la confidentialité est nécessaire pour assurer leur protection contre les représailles ou l'ostracisme de leur communauté⁶.

[28] Si le Service n'est pas en mesure de protéger l'identité de ses sources ou est tenu de les produire dans une instance judiciaire (même fermée au public), le nombre de personnes disposées à divulguer des renseignements s'en trouverait réduit. De fait, la preuve soumise indique que le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les

confidentiality given by the Service were not upheld by this Court.⁷ I accept this evidence.

[29] Finally, it is important to note that, unlike police or criminal investigations, intelligence investigations do not end with the filing of criminal charges or the commencement of court proceedings. Intelligence investigations can be of a short-term nature, but they may also extend over longer periods of time—even decades. Investigations can be suspended, just as they can be reactivated. How an intelligence investigation unfolds hinges on many factors, including the purpose of the investigation and the persistence of threats associated with the subjects of investigation. [...] Evidence before the Court establishes that identifying a source to a special advocate or requiring a source to testify in a closed proceeding, even anonymously, will almost certainly end the Service's relationship with that source.⁸

[30] Parliament itself has spoken on the importance of protecting human sources and covert operatives. Subsection 18(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), provides:

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

(a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or

(b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service can be inferred.

[31] I conclude, on the evidence before me, that the relationship between the Service and a covert human intelligence source meets the four conditions enumerated by Wigmore in his treatise and should therefore be protected. Covert human intelligence sources are given absolute promises that their identity will be protected. These assurances not only foster long-term, effective relationships with the sources themselves, but increase, exponentially, the chances for success of future intelli-

garanties de confidentialité données par le Service⁷. Je retiens cette preuve.

[29] Enfin, il est important de souligner que, contrairement aux enquêtes policières ou criminelles, les enquêtes en matière de renseignement ne prennent pas fin avec le dépôt d'accusations criminelles ou l'introduction d'une instance judiciaire. Elles peuvent être à court terme, mais aussi s'étendre sur de longues périodes de temps, voire même des décennies. Les enquêtes peuvent être suspendues ou encore réactivées. Le déroulement d'une enquête en matière de renseignement dépend d'un grand nombre de facteurs, notamment de l'objectif de l'enquête et de la persistance des menaces associées à l'objet de l'enquête. [...] La preuve soumise à la Cour établit que divulguer une source aux avocats spéciaux ou exiger qu'une source témoigne dans une séance à huis clos, même sous le couvert de l'anonymat, mettra presque à coup sûr fin à la collaboration entre cette source et le Service⁸.

[30] Le législateur s'est lui-même exprimé sur l'importance de protéger les sources humaines et les agents secrets. Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), prévoit ce qui suit :

18. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :

a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;

b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

[31] Je conclus selon la preuve dont je suis saisi que les relations entre le Service et une source humaine secrète de renseignement remplissent les quatre conditions énoncées par Wigmore dans son ouvrage et devraient donc être protégées. Les sources humaines secrètes de renseignement reçoivent la garantie absolue que leur identité sera protégée. Cette garantie non seulement favorise la collaboration efficace à long terme avec les sources en cause, mais aussi augmente d'une façon

gence investigations. Confidentiality guarantees are essential to the Service's ability to fulfill its legislative mandate to protect the national security of Canada while protecting the source from retribution. It also encourages others to come forward with essential information that would not otherwise be available to the Service. The relationship between the Service and the source as well as the identity of the source is protected by a covert human intelligence source privilege.

Is there an exception to the immunity provided by a covert human intelligence source privilege?

[32] In the *Charkaoui* decisions (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui No. 1*) and *Charkaoui No. 2*, above) the Supreme Court has found that the seriousness of the potential impact on the liberty and security interests of the named person engages section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter) and the right to procedural fairness set out therein. Accordingly, this Court must consider whether, in the circumstance of this proceeding, the principles of procedural fairness set out in section 7 mandate an exception, however limited and constrained, to the covert human intelligence source privilege.

[33] Procedural fairness is to be determined in the context of this proceeding, which is a determination of the reasonableness of a certificate referred to the Federal Court pursuant to subsection 77(2) of the IRPA. A finding of reasonableness would constitute conclusive proof that Mr. Harkat is inadmissible to Canada on the grounds of national security, pursuant to one or more of paragraphs 34(1)(c), (d) and (f) of the IRPA, and would have the effect of a removal order. That removal order could be subject to a further proceeding in which the Minister would be asked to assess the risk that the named person would be subjected to torture or other mistreatment if

exponentielle les chances de succès des enquêtes ultérieures en matière de renseignement. Les garanties de confidentialité sont essentielles pour que le Service soit en mesure de s'acquitter de son mandat législatif de protéger la sécurité nationale du Canada tout en protégeant la source contre les représailles. La protection offerte encourage également d'autres personnes à divulguer des renseignements décisifs qui seraient autrement inaccessibles au Service. La collaboration entre le Service et la source ainsi que l'identité de cette dernière sont donc protégées par un privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

Existe-t-il une exception à l'immunité conférée par le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement?

[32] Dans les arrêts *Charkaoui* (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui n° 1*) et *Charkaoui n° 2*, précité), la Cour suprême a conclu que l'importance des conséquences sur les droits à la liberté et à la sécurité de la personne désignée enclenche l'application de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte) et le droit à l'équité procédurale qui y est prévu. Par conséquent, notre Cour doit examiner si, dans les circonstances de la présente instance, les principes de l'équité procédurale prévus à l'article 7 n'exigent pas une exception, aussi restreinte soit-elle, au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

[33] La question de l'équité procédurale doit être tranchée dans le contexte de la présente instance, à savoir la détermination du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité déposé à la Cour fédérale selon le paragraphe 77(2) de la LIPR. Une conclusion de raisonabilité constituerait une preuve concluante que M. Harkat est interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale, en vertu de l'alinéa 34(1)c), d), ou f) de la LIPR, et aurait l'effet d'une mesure de renvoi. Cette mesure pourrait faire l'objet d'une instance subséquente dans laquelle le ministre serait appelé à évaluer le risque que la personne désignée soit soumise à la torture ou

he was returned to his country of origin or some other country (see procedures for pre-removal risk assessment at section 112 of the IRPA).

[34] The person named in a certificate is in jeopardy of losing his status in Canada and being deported, and is subject to detention until such time as they leave Canada or are released by order of this Court. The Supreme Court noted that, given the exception set out by it in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, there is a possibility that the circumstances may be exceptional enough to warrant the deportation of the person named in a certificate to a country in which the security of that person is in question. Recently, in the 2008 Symons Lecture [Remarks of the Right Honourable Beverly McLachlin, P.C. Chief Justice of Canada], Chief Justice McLachlin noted that the Supreme Court has not yet considered what might constitute “exceptional circumstances”, but continued to say that these would “necessarily be very rare” (page 29, Symons Lecture notes).

[35] In light of both *Charkaoui* decisions of the Supreme Court, a person named in a security certificate is entitled to an elevated level of procedural fairness such that, where ordinarily an informer privilege analogous to the “police informer privilege” would be absolute, the engagement of section 7 [of the Charter] may justify an exception to the privilege. I find that this exception will only be applicable in the closed portion of the proceeding where a special advocate has established that he or she has a “need to know” the identity of a covert human intelligence source to prevent a flagrant denial of procedural fairness which would bring the administration of justice into disrepute.

[36] This exception is based on the “need-to-know” rule which is a fundamental principle of the intelligence world. It is reflected in both domestic and international legislation and policies. Fundamentally, classified information is protected by compartmentalization; the integrity of which is maintained by the “need-to-know” principle.⁹ Only those with a direct operational require-

à des autres mauvais traitements si elle devait retourner dans son pays d’origine ou dans quelque autre pays (voir les procédures relatives à l’examen des risques avant renvoi, à l’article 112 de la LIPR).

[34] La personne désignée dans un certificat risque de perdre son statut au Canada et d’être expulsée, et est détenue jusqu’à ce qu’elle quitte le Canada ou qu’elle soit mise en liberté sur ordonnance de la Cour. La Cour suprême a souligné que, vu l’exception établie dans l’arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, il existe une possibilité que les circonstances soient suffisamment exceptionnelles pour justifier l’expulsion de la personne désignée dans un certificat vers un pays où sa sécurité est en jeu. Récemment, dans le cadre de la Causerie Symons 2008 [Notes d’allocution de la très honorable Beverly McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada], la juge en chef McLachlin a fait observer que la Cour suprême n’a pas encore étudié la question de savoir ce qui constituerait des « circonstances exceptionnelles », mais elle a ajouté que de telles situations « seraient nécessairement très rares » (Causerie Symons, Notes d’allocution, à la page 29).

[35] Compte tenu des deux arrêts *Charkaoui* de la Cour suprême, une personne désignée dans un certificat de sécurité a droit à un niveau élevé d’équité procédurale de sorte que, là où un privilège analogue au « privilège relatif aux indicateurs de police » serait habituellement absolu, l’application de l’article 7 [de la Charte] puisse justifier une exception au privilège en question. Je conclus que cette exception sera uniquement applicable dans la partie de l’instance qui se déroule à huis clos, lorsqu’un avocat spécial établit qu’il a « besoin de connaître » l’identité de la source humaine secrète de renseignement pour empêcher une violation flagrante de l’équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[36] Cette exception est fondée sur la règle du « besoin de connaître » qui est un principe fondamental dans le monde du renseignement. On la retrouve à la fois dans la législation et les politiques internes et internationales. Fondamentalement, les renseignements classifiés sont protégés par la compartimentation, dont on maintient l’intégrité par le principe du « besoin de connaître »⁹.

ment are given access to classified information—even those cleared to the highest level. The following paragraphs provide a brief, and limited, overview of some of the instances in which the “need-to-know” principle has been recognized, referred to, and relied on.

[37] On February 1, 2002, the Treasury Board Secretariat issued a “Government Security Policy” which is designed to “protect employees, preserve the confidentiality, integrity, availability and value of assets”. Paragraph 10.8 deals with “access limitations” and sets out the need-to-know principle: “Departments must limit access to classified and protected information and other assets to those individuals who have a need to know the information”.

[38] In *R. c. Treu*, [1979] J.Q. No. 202 (QL), the Quebec Court of Appeal noted that a security system is based on two principles: “l’idée d’accessibilité en faveur seulement des personnes habilitées ([access should only be granted to] cleared persons) et ayant besoin de les connaître ([on a] need to know [basis])” (at paragraph 57). References to these principles have also been made by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, at paragraph 6, and by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225.

[39] A similar principle is found in the United Kingdom *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* [(U.K.) 2000, c. 23], at paragraph 29(5)(e), which requires:

29 (5) ...

(e) that records maintained by the relevant investigating authority that disclose the identity of the source will not be available to persons except to the extent that there is a need for access to them to be made available to those persons.

[40] Part 4 of *Executive Order 12356* [3 C.F.R. 66 (1982)] sets out the classification and access policies of the executive branch of the United States of America as follows:

Seules les personnes ayant un besoin opérationnel direct ont accès aux renseignements classifiés — même les personnes détenant la cote de sécurité la plus élevée. Les paragraphes suivants donnent un aperçu bref, et limité, de certains cas où le principe du « besoin de connaître » a été admis, évoqué et utilisé.

[37] Le 1^{er} février 2002, le Secrétariat du Conseil du Trésor a diffusé la « Politique du gouvernement sur la sécurité » visant à « protéger les employés, sauvegarder le caractère confidentiel, l’intégrité, la disponibilité et la valeur des biens ». Le paragraphe 10.8 porte sur les « limites à l’accès » et énonce le principe relatif au besoin de connaître : « Les ministères doivent limiter l’accès aux renseignements classifiés et protégés et autres biens aux seules personnes qui ont besoin de les connaître. »

[38] Dans l’arrêt *R. c. Treu*, [1979] J.Q. n° 202 (QL), la Cour d’appel du Québec a souligné qu’un système de sécurité est fondé sur deux principes : « l’idée d’accessibilité en faveur seulement des personnes habilitées (*cleared persons*) et ayant besoin de les connaître (*need to know*) » (au paragraphe 57). Ces principes ont été également mentionnés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2003] 1 R.C.F. 33, au paragraphe 6, ainsi que par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. v. Ribic*, 2008 ONCA 790, 238 C.C.C. (3d) 225.

[39] Un principe similaire se retrouve dans la *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* [(R.-U.) 2000, ch. 23] du Royaume-Uni, qui prévoit ce qui suit à l’alinéa 29(5)(e) :

[TRADUCTION]

29 (5) [...]

(e) les documents conservés par l’autorité compétente chargée de l’enquête qui divulguent l’identité de la source seront accessibles uniquement dans la mesure où il est nécessaire de les mettre à la disposition des personnes habilitées.

[40] La partie 4 du *Executive Order 12356* [3 C.F.R. 66 (1982)] énonce ainsi la politique en matière de classification et d’accès du pouvoir exécutif des États-Unis d’Amérique :

Sec. 4.1 *General Restrictions on Access.*

(a) A person is eligible for access to classified information provided that a determination of trustworthiness has been made by agency heads or designated officials and provided that such access is essential to the accomplishment of lawful and authorized Government purposes. [Emphasis added.]

[41] In New Zealand, the government's security policy is set out in a publication entitled *Security in the Government Sector* which was published by the Department of the Prime Minister and Cabinet in 2002. The authors of the New Zealand publication acknowledge, in the preface, that some of the manual content is "based on or drawn from similar overseas publications—in particular, Australia's 'Commonwealth Protective Security Manual', and the United Kingdom's 'Manual of Protective Security'." Access is restricted to both of these manuals. Chapter 4 of the Manual is entitled "Control of Classified Material". This chapter sets out the need-to-know principle as follows:

4. Fundamental to all aspects of security is that the only people who receive classified information are those who need it to complete the business in hand. Thus, employees receive access to classified information:

- only because they "need to know" it to complete their duties
- not because it would be convenient for them to know
- not by virtue of their status, position, rank or level of authorized access.

5. Adherence to the "need to know" principle helps protect the employees as well as the information.

6. The "need to know" principle applies both within an organization and when dealing with people outside it.

[42] The very manner in which the Service handles human sources provides an illustration of the "need-to-know" principle in play.

[TRANSDUCTION] **4.1** *Restrictions générales d'accès.*

a) Une personne est admissible à l'accès à l'information classifiée sous réserve d'une détermination de sa fiabilité effectuée par les dirigeants de l'agence ou les administrateurs désignés et à condition que l'accès soit essentiel à la réalisation des fins légitimes et autorisées de l'État. [Non souligné dans l'original.]

[41] En Nouvelle-Zélande, la politique du gouvernement en matière de sécurité est énoncée dans un guide intitulé *Security in the Government Sector*, publié en 2002 par le Département du Premier ministre et du Cabinet. Les auteurs admettent dans l'introduction que le contenu du guide [TRANSDUCTION] « s'appuie partiellement sur des publications similaires parues à l'étranger — notamment sur le "Commonwealth Protective Security Manual" publié en Australie et sur le "Manual of Protective Security" publié au Royaume-Uni. » L'accès à ces deux documents est limité. Le chapitre 4 du Commonwealth Protective Security Manual est intitulé [TRANSDUCTION] « Gestion du matériel classifié ». Il énonce comme suit le principe du besoin de connaître :

[TRANSDUCTION]

4. Il est essentiel pour tous les aspects de la sécurité que les seules personnes ayant accès à des renseignements classifiés soient celles qui en ont besoin pour exercer leurs fonctions. Par conséquent, les employés ont accès à des renseignements classifiés :

- uniquement parce qu'ils ont « besoin de connaître » ces renseignements pour exercer leurs fonctions
- non parce qu'il serait opportun qu'ils les connaissent
- non en raison de leur statut, poste, grade ou niveau d'accès autorisé.

5. Le respect du principe du besoin de connaître contribue à protéger les employés ainsi que l'information.

6. Le principe du besoin de connaître s'applique tant au sein d'un organisme qu'à l'extérieur.

[42] La manière même dont le Service gère les sources humaines fournit une illustration concrète de l'application du principe du « besoin de connaître ».

[43] Evidence heard in closed hearings establishes that [...] files concerning human sources are handled by a separate division within the Service which is contained in a highly protected area within an already secure environment.¹⁰ [...] This assists the Service in fulfilling its duty to protect the human source and allows the Service to control and assure the quality of the information provided to them by that source. The greater the pool of persons given access to the identity of a human source, the more difficult it becomes to prevent inadvertent disclosures and to investigate security breaches.¹¹ Widening the number of people with access to the identity of a human source puts both the personal safety of the source and the national security of Canada into jeopardy.

[44] Those who work in the Human Source Directorate are required to meet certain security standards greater than those imposed on most other Service employees. [...]

[45] [...] Communications about human sources, more so than other classified information, are on a need-to-know basis only.¹² Documents referring to sources [...] must be classified [...]. Indeed, there is evidence before the Court that even the Director of the division would not normally have access to the identities of the human sources except where he has an operational need to know that information.¹³

[46] A “need to know” this closely protected information, given the concerns of individual safety and operational control, will only be established where evidence is adduced demonstrating that the identity of the covert human intelligence source must be disclosed to prevent a flagrant breach of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. In defining when such a threshold will be met, I refer to the words of the European Court of Human Rights which characterized the use of the term “flagrant” as denoting “a breach so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence” of the right to procedural fairness. (See *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [[2008] UKHL 64],

[43] La preuve entendue lors des audiences à huis clos établit que [...] les dossiers concernant les sources humaines sont gérés par une section différente du Service qui se trouve dans un périmètre hautement protégé dans le cadre d’un environnement déjà sécurisé¹⁰. [...] Ces mesures viennent aider le Service à s’acquitter de son obligation de protéger les sources humaines et lui permettent de contrôler et de garantir la qualité des renseignements fournis par une source donnée. Plus le nombre de personnes ayant accès à l’identité d’une source humaine est élevé, plus il est difficile d’empêcher la divulgation involontaire et d’enquêter sur des infractions à la sécurité¹¹. Élargir le cercle de personnes ayant accès à l’identité d’une source humaine met en péril tant la sécurité personnelle de la source que la sécurité nationale du Canada.

[44] Les employés de la Direction des sources humaines sont tenus de respecter certaines normes de sécurité plus sévères que celles qui sont applicables à la plupart des employés du Service. [...]

[45] [...] Les communications concernant les sources humaines, encore plus que d’autres catégories de renseignements classifiés, sont transmises uniquement en fonction du besoin de connaître¹². Les documents concernant les sources [...] doivent être classifiés [...]. De fait, la preuve présentée devant la Cour établit que même le directeur de la section n’aurait pas normalement accès aux renseignements sur l’identité des sources humaines sauf s’il a un besoin opérationnel de connaître¹³.

[46] Vu les préoccupations à l’égard de la sécurité individuelle et du contrôle opérationnel, le « besoin de connaître » ces renseignements étroitement protégés sera établi uniquement en présence d’une preuve démontrant la nécessité de divulguer l’identité de la source humaine secrète de renseignement pour empêcher une violation flagrante de la justice en matière de procédure qui serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. Pour déterminer les conditions d’application de ce critère, je cite les remarques de la Cour européenne des droits de l’homme qui a considéré le terme « flagrant » comme dénotant « une violation tellement grave qu’elle entraîne l’annulation, voire la destruction de l’essence même » du droit à l’équité

citing *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (2005), 41 EHRR 494, at pages 537–539). Such a need to know may arise where, in the Judge’s opinion, there is no other way to test the reliability of critical information provided by a covert human intelligence source except by way of cross-examination.

[47] This exception to the covert human intelligence source privilege is also consistent with the intent of Parliament set out in subsection 18(2) of the CSIS Act, which provides for limited disclosure of information concerning human sources and covert operatives.

[48] The covert human intelligence source privilege, and its necessarily limited exception, is designed to balance the rights of individuals with those of the collective. A similar concern was expressed by Justice Iacobucci, regarding the need: “to do everything possible to protect our country” and the need to do so “with genuine respect for the fundamental rights and freedoms of Canadian citizens.” (*Internal Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmed Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin* (Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2008), at page 5.)

Impact of the closed nature of the proceeding and the special advocate

[49] The special advocates take the position that they are entitled to access any information, related to the investigation of Mr. Harkat, held by the Service because of their top-secret clearance and because they have been appointed as special advocates in this file, as well as the fact that they are persons permanently bound to secrecy under the *Security of Information Act* [R.S.C., 1985, c. O-5, s. 1 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 25)]. The special advocates maintain that their right to access information includes the opportunity to cross-examine covert human intelligence sources and implicitly, if not explicitly, know the identity of these sources.

procédurale. (Voir *EM (Lebanon) v. Secretary of State for the Home Department* [[2008] UKHL 64], citant l’affaire *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* (2005), 41 EHRR 494, aux pages 537 à 539). Un besoin de connaître de ce genre peut se présenter, selon le juge, lorsqu’il n’y a aucun autre moyen de tester la fiabilité de renseignements critiques fournis par une source humaine secrète que de recourir au contre-interrogatoire.

[47] Cette exception au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement s’accorde avec l’intention du législateur énoncée au paragraphe 18(2) de la Loi sur le SCRS, qui prévoit une communication restreinte de renseignements au sujet des sources humaines et des agents secrets.

[48] Le privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement ainsi que son exception forcément restreinte visent à établir un équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs. Le juge Iacobucci a exprimé une préoccupation similaire au sujet du besoin de « tout faire pour protéger notre pays » et le besoin d’agir en ce sens « en respectant véritablement les droits et libertés fondamentaux des citoyens canadiens ». (*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmed Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2008), à la page 5.)

Conséquences découlant du caractère fermé de l’instance et de la présence des avocats spéciaux

[49] Les avocats spéciaux soutiennent qu’ils ont droit d’avoir accès à tout renseignement concernant l’enquête sur M. Harkat détenu par le Service parce qu’ils ont l’habilitation de sécurité de niveau très secret et qu’ils ont été désignés avocats spéciaux dans le présent dossier, ainsi qu’en raison du fait qu’ils sont des personnes astreintes au secret à perpétuité en vertu de la *Loi sur la protection de l’information* [L.R.C. (1985), ch. O-5, art. 1 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 25)]. Les avocats spéciaux affirment que leur droit d’avoir accès aux renseignements comprend la possibilité de contre-interroger des sources humaines secrètes de renseignement et d’implicitement, sinon explicitement, connaître leur identité.

[50] The ministers take the opposite position and assert that nothing in the IRPA abrogates the operation of common law privileges. I agree.

[51] Parliament may abrogate common law privileges by legislation; however, it must do so explicitly (see *Blood Tribe*, at paragraph 11).¹⁴ Section 39 of the CSIS Act provides an example of the clear language required to abrogate common law privileges:

39. (1) Subject to this Act, the Review Committee may determine the procedure to be followed in the performance of any of its duties or functions.

(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, but subject to subsection (3), the Review Committee is entitled:

(a) to have access to any information under the control of the service or of the Inspector General that relates to the performance of the duties and functions of the Committee and to receive from the Inspector General, Director and employees such information, reports and explanations as the Committee deems necessary for the performance of its duties and functions; and

(b) during any investigation referred to in paragraph 38(c), to have access to any information under the control of the deputy head concerned that is relevant to the investigation.

(3) No information described in subsection (2) other than a confidence of the Queen's Privy Council for Canada in respect of which subsection 39(1) of the *Canada Evidence Act* applies may be withheld from the Committee on any grounds. [Emphasis added.]

[52] There is no analogous provision in the IRPA. If Parliament had intended the special advocates to have access to all information, including information over which the government claims solicitor-client or other privilege, it would have explicitly stated so in the legislation. The limited powers given to special advocates in section 85.2 [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the IRPA do not, without this Court's authorization, permit them to call witnesses or require the production of a witness or document particularly where to do so would pierce a common law privilege.

[50] Les ministres adoptent la position contraire et soutiennent qu'aucune disposition de la LIPR ne vient annuler l'application des privilèges de common law. Je souscris à ce point de vue.

[51] Le législateur peut écarter des privilèges de common law par voie législative; toutefois, il doit le faire de manière explicite (voir *Blood Tribe*, au paragraphe 11)¹⁴. L'article 39 de la Loi sur le SCRS donne un exemple du libellé clair requis pour écarter des privilèges de common law :

39. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le comité de surveillance peut déterminer la procédure à suivre dans l'exercice de ses fonctions.

(2) Par dérogation à toute autre loi fédérale ou toute immunité reconnue par le droit de la preuve, mais sous réserve du paragraphe (3), le comité de surveillance :

a) est autorisé à avoir accès aux informations qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et qui relèvent du Service ou de l'inspecteur général et à recevoir de l'inspecteur général, du directeur et des employés les informations, rapports et explications dont il juge avoir besoin dans cet exercice;

b) au cours des enquêtes visées à l'alinéa 38c), est autorisé à avoir accès aux informations qui se rapportent à ces enquêtes et qui relèvent de l'administrateur général concerné.

(3) À l'exception des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, aucune des informations visées au paragraphe (2) ne peut, pour quelque motif que ce soit, être refusée au comité. [Non souligné dans l'original.]

[52] Il n'y a pas de disposition analogue dans la LIPR. Si le législateur avait voulu que les avocats spéciaux aient accès à l'ensemble des renseignements, y compris ceux que le gouvernement affirme être visés par le privilège du secret professionnel ou tout autre privilège, il l'aurait explicitement énoncé dans les dispositions législatives. Les pouvoirs limités attribués aux avocats spéciaux à l'article 85.2 [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la LIPR ne leur permettent pas, sans l'autorisation de notre Cour, d'appeler un témoin ou d'exiger la production d'un témoin ou d'un document, notamment lorsqu'il s'agit d'écarter un privilège de common law.

[53] The ministers' obligation to disclose information is set out in subsection 77(2) of the IRPA and was expanded by the decision of the Supreme Court in *Charkaoui No. 2*. The Act requires the ministers to "file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based" (subsection 77(2) of the IRPA). Once filed, the judge must determine whether the information provided by the Minister meets the disclosure requirements in *Charkaoui No. 2* which requires that all operational notes and information relating to Mr. Harkat be provided to the Court. This information will be made available to the special advocates at a time set by direction of the Court (subsection 85.4(1) [as enacted *idem*] of the IRPA). The Service's obligation to disclose information does not extend to purely administrative files unless such information is shown to be necessary for the Court to meet its obligation to verify the accuracy and reliability of the allegations in relation to the reasonableness of the certificate. In such a case the Court has the power to order the information to be provided to the Court for review (see *Blood Tribe*, at paragraphs 23, 31, 33–34; see also *R. v. Chaplin* [[1995] 1 S.C.R. 727], at paragraph 25). Where the information is determined to be relevant and not excluded by privilege a direction will be issued requiring the information to be filed and granting the special advocates access to the information.

[54] Nothing in *Charkaoui No. 2* indicates that the Supreme Court intended to abrogate the application of common law privileges in the context of a security certificate proceeding. The limits on disclosure were recognized by the Supreme Court in *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, a criminal proceeding, when it stated that information to be provided to an accused is subject to the common law of privilege (see paragraphs 16 and 22; see also *Chaplin*, above, at paragraph 21).

[55] The closed nature of the proceedings may limit the harm where a designated judge finds it necessary to apply the need-to-know exception to the covert human intelligence source privilege in the context of a security certificate proceeding. However, the private closed nature of the hearing merely minimizes the impact of the disclosure order on an individual human source; it does

[53] L'obligation des ministres de divulguer des renseignements est prévue au paragraphe 77(2) de la LIPR et a été élargie par l'arrêt *Charkaoui n° 2* de la Cour suprême. La Loi exige que le ministre « dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier » (LIPR, au paragraphe 77(2)). Après le dépôt, le juge décide si les renseignements fournis satisfont aux exigences de divulgation établies dans l'arrêt *Charkaoui n° 2*, lequel exige la remise à la Cour de la totalité des notes opérationnelles et des renseignements au sujet de M. Harkat. Ces renseignements seront mis à la disposition des avocats spéciaux dans un délai fixé par le juge (LIPR, au paragraphe 85.4(1) [édicte, *idem*]). L'obligation du Service de communiquer des renseignements ne s'applique pas aux dossiers purement administratifs, sauf s'il est démontré que ces renseignements sont nécessaires pour permettre à la Cour de s'acquitter de son obligation de vérifier l'exactitude et la fiabilité des allégations relatives au caractère raisonnable du certificat. Dans ce cas, la Cour a le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient communiqués pour examen (voir *Blood Tribe*, aux paragraphes 23, 31, 33 et 34; voir également *R. c. Chaplin* [[1995] 1 R.C.S. 727], au paragraphe 25). Lorsque les renseignements sont jugés pertinents et non exclus par le privilège de non-divulgaration, une directive sera donnée exigeant le dépôt des renseignements et autorisant les avocats spéciaux à y avoir accès.

[54] L'arrêt *Charkaoui n° 2* ne contient aucun élément qui indique que la Cour suprême a voulu écarter l'application des privilèges de common law dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Les limites à la divulgation ont été reconnues dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, une instance pénale, lorsque la Cour suprême a affirmé que l'information à fournir à l'accusé est assujettie au privilège de common law (voir paragraphes 16 et 22; voir également *Chaplin*, précité, au paragraphe 21).

[55] L'instance à huis clos peut limiter le risque de préjudice lorsque le juge désigné estime qu'il est nécessaire d'appliquer l'exception touchant le besoin de connaître au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement dans le contexte d'une instance concernant un certificat de sécurité. Toutefois, l'audience à huis clos ne fait que réduire les conséquences d'une

not abrogate the privilege or eliminate the policy basis on which it is founded.

[56] The special advocates also assert that they are entitled to obtain copies of any information provided by the ministers to the Court. This cannot be the case.

[57] Special advocates are not in the same position as the Court. They are participants in the closed hearings solely for the purpose set out in the IRPA namely, to represent the best interests of the person named in the certificate. The Court will always have the power to order that information be provided to it to determine whether that information is relevant or privileged. That is the role of the independent and impartial arbiter. Where the information is relevant and not otherwise excluded by statute or common law privilege, the Court will order the information to be filed and provided to the special advocates. The provisions of the IRPA and the reasons of the Supreme Court in the *Charkaoui* decisions do not remove this overarching superintending role of the judge.

Have the special advocates established that they have a “need to know” this information to prevent a flagrant denial of procedural justice such that an exception to the covert human intelligence source privilege rule should be applicable?

[58] Special advocates play a unique but limited role in a certificate proceeding. While their communications with the named person are deemed to be covered by solicitor-client privilege, there is no solicitor-client relationship between the special advocate and the named person. The primary role of the special advocate is to protect the interests of the named person where evidence is heard in his or her absence. This is accomplished in two steps: by maximizing the disclosure to be made to the named person and counsel and by testing the reliability and credibility of evidence in the closed portion of the proceedings by cross-examining witnesses produced by the Ministers. Any further action proposed to be taken by the special advocates must be authorized by the judge who is charged with ensuring that the proceeding

ordonnance de divulgation sur une source humaine particulière; elle n'écarte pas le privilège ni ne supprime son assise politique.

[56] Les avocats spéciaux soutiennent également qu'ils ont le droit d'obtenir des copies de tout renseignement remis à la Cour par les ministres. Il ne saurait en être ainsi.

[57] Les avocats spéciaux ne se trouvent pas dans une position similaire à celle de la Cour. Ils prennent part aux audiences à huis clos uniquement aux fins énoncées dans la LIPR, à savoir de représenter l'intérêt supérieur de la personne visée par le certificat. La Cour aura toujours le pouvoir d'ordonner que les renseignements lui soient remis pour qu'elle puisse décider s'ils sont pertinents ou assujettis à un privilège. C'est le rôle de l'arbitre indépendant et impartial. Lorsque les renseignements sont jugés pertinents et non exclus par la loi ou un privilège de common law, la Cour ordonnera leur dépôt et leur remise aux avocats spéciaux. Les dispositions de la LIPR et les motifs de la Cour suprême dans les arrêts *Charkaoui* n'ont pas pour effet de retirer au juge ce rôle capital de surveillance.

Les avocats spéciaux ont-ils établi qu'ils ont « besoin de connaître » ces renseignements pour empêcher une violation flagrante de la justice procédurale de sorte qu'une exception à la règle du privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement soit applicable?

[58] Les avocats spéciaux ont un rôle spécifique mais limité dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité. Bien que leurs communications avec la personne visée par le certificat soient réputées assujetties au privilège du secret professionnel, il n'existe aucune relation avocat-client entre l'avocat spécial et la personne visée. Le rôle primordial de l'avocat spécial consiste à protéger les intérêts de la personne visée lorsque la preuve est entendue en l'absence de celle-ci. Il accomplit sa tâche en deux étapes : en maximisant la communication devant être faite à la personne visée et à son conseil et en vérifiant la fiabilité et la crédibilité de la preuve dans la partie tenue à huis clos de l'instance par le contre-interrogatoire des témoins produits par les ministres. Toute autre mesure envisagée par les avocats

move forward as expeditiously, informally and fairly as possible (IRPA provisions, paragraph 85.2(c), and *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, at paragraphs 57–59).

[59] Subsection 83(1) of the IRPA puts the ultimate responsibility for the safeguarding of the sensitive information on the shoulders of the designated judge. This obligation must inform any consideration of whether the special advocates have a need to know the identity of the covert human intelligence source(s).

[60] The special advocates assert that the human source(s) (see paragraph 8 above, for summary of argument) [...]. This argument is not supported by evidence. No additional information or evidence is offered to justify the special advocates' request.

[61] The “need-to-know” exception cannot be used as an instrument of corroboration. In the context of security certificate proceedings, the need-to-know exception may only apply if it is the only way to establish that the proceeding will otherwise result in a flagrant denial of procedural justice which would bring the administration of justice into disrepute. It is not to be used as a part of an arsenal of litigation strategy.

[62] The special advocates also seek to cross-examine human sources in order to test the credibility and the reliability of the information.

[63] There are other ways in which a special advocate may test the credibility and reliability of the information provided by a human source which do not require that the source be identified and produced as a witness by the ministers.

[64] In her decision on the reasonableness of the first certificate issued naming Mr. Harkat as a person inadmissible to Canada under the IRPA, Justice Dawson [*Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52] outlines the principles relevant to the assessment of confidential information in paragraphs 93–94. She observed:

spéciaux doit être autorisée par le juge qui est chargé de veiller à ce que l'instance se déroule de façon aussi rapide, informelle et juste que possible (LIPR, alinéa 85.2c), et *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, aux paragraphes 57 à 59).

[59] Le paragraphe 83(1) de la LIPR confère au juge désigné la responsabilité ultime de protéger les renseignements sensibles. Cette obligation doit constituer le fondement de tout examen de la question de savoir si les avocats spéciaux ont besoin de connaître l'identité des sources humaines secrètes de renseignement.

[60] Les avocats spéciaux soutiennent que la/les source(s) humaine(s) (voir le paragraphe 8, ci-dessus, pour un résumé de l'argumentation) [...]. Cet argument n'est pas étayé par la preuve. Les avocats spéciaux ne proposent aucun renseignement ni élément de preuve additionnels à l'appui de leur demande.

[61] L'exception relative au « besoin de connaître » ne peut pas servir à faire des recoupements. Dans le cadre d'une instance concernant un certificat de sécurité, cette exception ne peut s'appliquer que si c'est là la seule façon de démontrer que l'instance entraînera autrement une violation flagrante de l'équité procédurale qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Cette exception ne doit pas servir comme arme d'une stratégie d'instance.

[62] Les avocats spéciaux cherchent également à contre-interroger les sources humaines pour vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements.

[63] Il existe d'autres façons par lesquelles un avocat spécial peut vérifier la crédibilité et la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine, qui n'exigent pas la divulgation de son identité ni sa production comme témoin par les ministres.

[64] Dans son jugement concernant le caractère raisonnable du premier certificat de sécurité désignant M. Harkat comme personne interdite de territoire au Canada en vertu de la LIPR, la juge Dawson [*Harkat (Re)*, 2005 CF 393] énonce, aux paragraphes 93 à 100, les principes pertinents pour l'évaluation des renseignements confidentiels. Elle déclare ce qui suit :

In testing evidence which cannot be disclosed for security reasons, the designated judge must adopt a principled approach to the exercise. To that end the presence or absence of corroboration, consistency of the evidence, and whether it is hearsay, are among factors to consider. To test the reliability of the evidence the judge may probe into the credibility and reliability of the source of the information. This may be done by the designated judge putting questions directly to affiants and possibly to other persons. In addition the judge may question counsel representing the Service on their submissions.

...

While not in any way commenting upon the source or sources of information of confidential information before the Court in this case, I believe that, generally, if any confidential information is provided by a human source, some relevant inquiries and areas for examination by the Court of one or more witnesses under oath may include matters such as the following: the origin and the length of the relationship between the Service and the human source; whether the source was paid for information; what is known about the source's motive for providing information; whether the source has provided information about other persons, and, if so, particulars of that; the extent to which information provided by the source has been, or is, corroborated by other evidence or information; the citizenship/immigration status of the source and whether that status has changed throughout the course of the source's relationship with the Service (to the extent that such status touches upon the source's security within Canada and their vulnerability to duress); whether the source has been subject to any form of pressure to provide information, and if so, why and by whom; whether the source has a criminal record or any outstanding criminal charges in Canada or elsewhere; the nature of any relationship between the source and the subject of the investigation; whether there is any known or inferred motive for the source to provide false information or otherwise mislead the investigation in any way. This list is not exhaustive....

[65] Consistent with the approach of Justice Dawson, in this proceeding a Service witness testified and was cross-examined by the special advocates about the value, reliability and usefulness of information provided by the human source(s). The witness also gave evidence as to the motivation of the source(s), handling issues, monetary payments made to the source(s), as well as the personal history and the history of the source(s) as a covert human intelligence source.

Lorsqu'il examine la preuve qui ne peut être divulguée pour raisons de sécurité, le juge désigné doit adopter dans cet exercice une approche structurée. Parmi les facteurs qu'il doit considérer, il y a la présence ou l'absence d'éléments concordants, la cohérence de la preuve et le point de savoir s'il s'agit d'une preuve par oui-dire. Pour dire si la preuve est ou non digne de foi, le juge peut vérifier la crédibilité et la fiabilité de la source de l'information. Pour ce faire, le juge désigné peut interroger directement les déposants et peut-être aussi d'autres personnes. Le juge peut aussi interroger sur ses observations l'avocat représentant le Service.

[...]

Je ne dirai rien des sources à l'origine des renseignements confidentiels communiqués à la Cour en l'espèce, mais j'estime que, d'une manière générale, lorsque les renseignements confidentiels en question proviennent d'une source humaine, on peut légitimement demander à des témoins assermentés l'origine et la durée des rapports entre le Service et cette source humaine; si la source a été rémunérée pour les renseignements fournis; ce qu'on sait des motifs ayant porté la source à fournir les renseignements en cause; si cette source a fourni des renseignements sur d'autres personnes et, si oui, si l'on pourrait obtenir des précisions à cet égard; la mesure dans laquelle les renseignements fournis par cette source ont pu être recoupés; la situation de la source, sur le plan de la citoyenneté ou de l'immigration, et si cette situation a changé à l'époque où elle entretenait des liens avec le Service (au point où cette situation pourrait affecter la sécurité de la source au Canada et sa vulnérabilité vis-à-vis de la contrainte); la question de savoir si c'est en réponse à d'éventuelles pressions que la source a fourni les renseignements, et si oui, d'où émanaient ces pressions; si la source faisait ou fait l'objet d'une enquête du Service ou d'un autre service de renseignement ou de police; si elle a un casier judiciaire ou est visée par une accusation pénale au Canada ou ailleurs; la nature des rapports existant entre la source et la personne faisant l'objet de l'enquête; l'existence réelle ou présumée d'un motif ayant pu porter la source à fournir de faux renseignements ou de quelque autre manière induire les enquêteurs en erreur. Cette liste n'est aucunement exhaustive [...]

[65] Conformément à l'approche proposée par la juge Dawson, un témoin du Service en l'espèce a fait une déposition et a été contre-interrogé par les avocats spéciaux au sujet de la valeur, de la fiabilité et de l'utilité des renseignements fournis par la/les source(s) humaine(s). Il a témoigné également au sujet de la motivation de la/des source(s), des questions touchant le contrôle et la rétribution financière de la/des source(s) ainsi que de ses/leurs antécédents personnels et activités en tant que source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement.

[66] The ministers also filed an Exhibit A with the Court which was provided to the special advocates.¹⁵ Exhibit A is consistent with the testimony of the Service witness. In the Exhibit, the Service addresses the background of the human source(s), the source(s)'s motivation, meetings with the source(s)'s handlers, targeting of the source(s), source handling issues. The Exhibit also evaluates the value of the information received from the source(s) by highlighting instances of corroboration with other sources of information obtained through various investigation techniques. These techniques might include other human sources, technical sources such as intercepts, and information provided by foreign intelligence agencies.¹⁶

[67] It has been the experience of this Court that the approach set out by Justice Dawson, in combination with an examination of the Exhibit provided by the ministers in relation to the source's credibility, is consistent with the judicial duties of the designated judge and meets the requirements of fundamental justice.

[68] Special advocates raised a further issue concerning the reliability of information from the source(s) and sought further evidence from the Service [...]. The Service witness provided detailed evidence on this point. [...]

[69] Given the nature of the information provided by the Service, the cross-examination of the special advocates, the primary role of the special advocates, and the other motions for further production, I conclude that, at this time, the special advocates have not established that the production of a human source(s) as a witness in these proceedings is necessary to avoid a flagrant denial of procedural fairness.

[70] Indeed, it is only in exceptional circumstances that this Court will order the disclosure of the identity of covert human intelligence source to a special advocate and even more exceptional would be a requirement that the Service produce the source for examination during the closed portion of a certificate proceeding. Even documents supporting warrant applications pursuant to the CSIS Act, which are heard in the absence of and without notice to the public, do not refer to names of

[66] Les ministres ont également déposé devant la Cour la Pièce A, qui a été communiquée aux avocats spéciaux¹⁵. La pièce A concorde avec la déposition du témoin du Service. Dans cette pièce, le Service présente les antécédents et la motivation de la/des source(s) humaine(s), les rencontres avec les contrôleurs, le ciblage, ainsi que la question du contrôle de la/des source(s). On y fait également l'examen de la valeur des renseignements reçus en mettant en évidence des exemples de recoupement avec d'autres sources de renseignement grâce à différentes techniques d'enquête. Ces techniques peuvent comprendre d'autres sources humaines, des sources techniques telles les interceptions, et des renseignements fournis par des organismes étrangers de renseignements¹⁶.

[67] L'expérience que notre Cour a acquise veut que la démarche proposée par la juge Dawson, combinée à l'examen de la pièce fournie par les ministres concernant la crédibilité de la/des source(s), s'accorde avec les obligations judiciaires du juge désigné et répond aux exigences de la justice fondamentale.

[68] Les avocats spéciaux ont soulevé une autre question concernant la fiabilité des renseignements fournis par la/les source(s) et ont demandé d'autres éléments de preuve de la part du Service [...]. Le témoin du Service a fourni une preuve détaillée sur ce point. [...]

[69] Vu la nature des renseignements présentés par le Service, le contre-interrogatoire par les avocats spéciaux, le rôle primordial de ces derniers et les autres requêtes en production, je conclus que, à ce stade, les avocats spéciaux n'ont pas établi que la production d'une ou de source(s) humaine(s) en l'espèce est nécessaire pour empêcher une violation flagrante de l'équité procédurale.

[70] De fait, ce n'est que dans des cas exceptionnels que notre Cour ordonnera la divulgation de l'identité d'une source humaine secrète de renseignement à un avocat spécial et l'exigence que le Service produise la source pour examen dans la partie tenue à huis clos dans une instance concernant un certificat de sécurité serait encore plus exceptionnelle. Même les documents présentés à l'appui des demandes de mandat aux termes de la Loi sur le SCRS, qui sont entendues à huis clos et

sources [...]. To facilitate the judicial decision-making process, the Service prepares a document that permits an assessment of the human source's reliability and pertinence which is similar if not identical to Exhibit A in this proceeding. [...] once the warrant application has been disposed of, it is returned to the Service so that it can be kept in a secure place to be made available upon request by a designated judge.

[71] The identity of a human source will only be confirmed or provided to the Court during a warrant application where the designated judge determines that there is a judicial need to know. The situations in which such a "need to know" will arise are rare [...].

The impact of renunciation on the privilege

[72] [...] The special advocates also assert that they are aware of the identity of the human source(s) [...].

[73] In *Bisaillon*, the Supreme Court stated (at pages 94-95):

The question then arose whether the informer can himself waive the exclusionary rule which protects him, as for example by revealing his identity. In his treatise *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, revised by John T. McNaughton, 1961, at p. 766, Wigmore states: "If the identity of the informer is admitted [...], then there is no reason for pretended concealment of his identity". If that is so, it is not an exception to the rule but a situation where, as Wigmore points out, the reason for the rule no longer exists, as other police informers, knowing that the disclosure was made by the informer himself or with his consent, would no longer feel threatened. Even then, I am far from being convinced that a peace officer could be asked to provide confirmation, as that would mean weakening a rule which should remain firm.

[74] Analogous to police informer privilege, I find that covert human intelligence source privilege cannot be renounced unilaterally either by the human source or by the Crown. Any renunciation must be a joint decision based on a full understanding of the consequences. Until such time as proof of a joint and informed waiver is provided to it, the Court has an obligation to protect the asserted privilege subject only to the exception set

sans avis au public, ne mentionnent pas les noms des sources [...]. Afin de faciliter le processus décisionnel judiciaire, le Service produit un document qui permet d'évaluer la fiabilité et la pertinence de la source humaine et qui est semblable, voire identique, à la pièce A en l'espèce. [...] une fois que la demande de mandat a fait l'objet d'une décision, elle est renvoyée au Service pour qu'elle soit gardée en lieu sûr et puisse être fournie sur demande du juge désigné.

[71] L'identité d'une source humaine sera confirmée ou communiquée à la Cour uniquement lors de la demande de mandat lorsque le juge désigné établit l'existence d'un besoin judiciaire de connaître. Les cas où un tel « besoin de connaître » se présentera sont rares [...].

Les conséquences de la renonciation au privilège

[72] [...] Les avocats spéciaux allèguent également qu'ils connaissent l'identité de la/des source(s) humaine(s) [...].

[73] Dans l'arrêt *Bisaillon*, la Cour suprême a déclaré ce qui suit (aux pages 94 et 95) :

On s'est donc demandé si l'indicateur, lui, peut renoncer à la règle d'exclusion qui le protège, par exemple en se manifestant lui-même. Dans son traité, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, révisé par John T. McNaughton, 1961, à la p. 766, Wigmore enseigne : [TRADUCTION] « Si l'identité de l'informateur est admise [...], la dissimulation prétendue de son identité n'est alors pas motivée. » Si tel est le cas, ce n'est pas une exception à la règle mais une situation où, comme Wigmore l'indique, la raison de la règle disparaît car les autres indicateurs de police ne se sentiraient pas menacés sachant que la divulgation a été faite par l'indicateur lui-même ou avec son consentement. Même alors, je suis loin d'être convaincu que l'on pourrait demander à un agent de la paix de confirmer le fait car on contribuerait par là à affaiblir une règle qui doit rester ferme.

[74] Par analogie au privilège relatif aux indicateurs de police, j'estime que ni la source humaine ni la Couronne ne peuvent renoncer unilatéralement au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. Toute renonciation doit être une décision conjointe fondée sur une compréhension approfondie des conséquences. Tant qu'on ne lui a pas fourni la preuve d'une renonciation conjointe et éclairée, la Cour est tenue de

out above. Indeed, the Supreme Court has found that the privilege in the context of a police informer is “a legal rule of public order by which the judge is bound.” (*Bisaillon*, at page 93. The Court also stated: “if no one raises it [the privilege] the Court must apply it of its own motion.”)

[75] For all of these reasons, I come to the conclusion that the request of the special advocates that the covert human intelligence source(s) be identified and made available to them for cross-examination must be denied.

[76] There are issues which, on occasion, transcend the proceeding in which they arise. Issues that impact not only on similar proceedings but potentially on the intelligence system as a whole. The issue before me is one such question which will reverberate throughout our intelligence network—nationally and internationally. Great care must be taken by the Court in balancing the competing issues that have been reviewed in these reasons.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

The request to interview and cross-examine covert human intelligence source(s) is denied.

¹ The term “closed hearing” refers to hearings held pursuant to s. 83(1)(c) [of the IRPA] [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] which permits a designated judge to hear evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

² This decision was issued in 1981, the same year as the tabling of the McDonald Commission Report [Royal Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Report* (3 vols.) Ottawa: Supply and Services Canada, 1981] which recommended the creation of a civilian intelligence agency.

³ The top secret testimony of [...] p. 1354, lines 10–17. See also the top secret testimony of [...], given during a *closed, ex parte* session of the Federal Court in the matter of Mohamed Harkat held September 10–19, 2008, at p. 60, line 19 ff.

⁴ [...], p.1036, lines 5–9.

protéger le privilège revendiqué sous réserve seulement de l’exception énoncée plus haut. De fait, la Cour suprême a conclu que le privilège relatif aux indicateurs de police est « une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge ». (*Bisaillon*, précité, à la page 93. La Cour a également déclaré : « si personne ne l’invoque, [le privilège] le juge doit l’imposer d’office ».)

[75] Pour tous ces motifs, je conclus que la demande des avocats spéciaux voulant que l’identité de la/des source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement soit divulguée et que celle(s)-ci soi(en)t contre-interrogée(s) doit être rejetée.

[76] Certaines questions dépassent parfois le cadre de l’instance dans laquelle elles sont soulevées, des questions qui ont une incidence non seulement sur des instances similaires, mais potentiellement sur l’ensemble du système de renseignement. C’est le cas de la question dont je suis saisi et qui se répercutera sur notre réseau de renseignement — au niveau national et international. La Cour doit accorder une attention particulière à l’évaluation des enjeux divergents examinés dans les présents motifs.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

La demande de rencontrer et de contre-interroger la/les source(s) humaine(s) secrète(s) de renseignement est rejetée.

¹ Le terme « audience à huis clos » s’entend d’une audience tenue en vertu de l’art. 83(1)c) [de la LIPR] [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], qui autorise le juge désigné à entendre la preuve en l’absence du public, de l’intéressé et de son conseil.

² Cette décision a été rendue en 1981, l’année où la Commission McDonald a déposé son rapport [Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Rapport* (3 vols.) Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981] qui recommandait la création d’un service de renseignement civil.

³ Le témoignage très secret de [...], p. 1354, lignes 10 à 17. Voir également le témoignage très secret de [...], donné au cours de la séance à *huis clos* et *ex parte* de la Cour fédérale dans l’affaire intéressant Mohamed Harkat, tenue du 10 au 19 septembre 2008, p. 60, lignes 19 et ss.

⁴ [...], p. 1036, lignes 5 à 9.

⁵ [...], p. 1356, line 5 ff, and p. 1352, lines 16–19 ff.

⁶ [...], p. 1362, line 20 to p. 1363, line 13.

⁷ [...], p. 1388, line 15 ff, and [...], p. 77, lines 16–25.

⁸ [...], p. 1388, line 22 to p. 1390, line 1.

⁹ [...], p. 1353, line 24 to p. 1354, line 24.

¹⁰ [...], p. 1356, line 5.

¹¹ [...], p. 1382 ff.

¹² [...], p. 1357, lines 12–17.

¹³ [...], p. 1356, lines 13–24.

¹⁴ Other instances in which Parliament has explicitly abrogated common law privileges are rare; examples may arguably be found in s. 36 [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153] of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 and s. 34 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 187, Sch. V, Item 6(1)] of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

¹⁵ For an explanation of Exhibit A, please see [...] at p. 1367.

¹⁶ Exhibit A is the product of the probing questions asked by the Court in other national security proceedings. It has developed over time and under judicial supervision to meet the concerns of the judges of the Court in assessing human source information.

⁵ [...], p.1356, lignes 5 et ss., et p. 1352, lignes 16 à 19 et ss.

⁶ [...], p. 1362, ligne 20, à la p.1363, ligne 13.

⁷ [...], p. 1388, lignes 15 et ss., et [...], p. 77, lignes 16 à 25.

⁸ [...], p. 1388, ligne 22, à p. 1390, ligne 1.

⁹ [...], p. 1353, ligne 24, à la p. 1354, ligne 24.

¹⁰ [...], p. 1356, ligne 5.

¹¹ [...], pp. 1382 et ss.

¹² [...], p. 1357, lignes 12 à 17.

¹³ [...], p. 1356, lignes 13 à 24.

¹⁴ Les autres cas où le législateur a explicitement écarté des privilèges de common law sont rares; il est possible d'en trouver des exemples dans les dispositions de l'art. 36 [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153] de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et de l'art. 34 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 187, ann. V, n° 6(1)] de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

¹⁵ Pour des explications au sujet de la pièce A, veuillez consulter [...], à la p. 1367.

¹⁶ La pièce A est le produit des questions approfondies formulées par la Cour au cours d'autres instances concernant la sécurité nationale. Elle a été élaborée au fil du temps sous surveillance judiciaire pour répondre aux préoccupations des juges de la Cour relatives à l'évaluation des renseignements fournis par les sources humaines.