

A-748-88

A-748-88

**Robert Thomson (Appellant) (Applicant)**

v.

**Her Majesty the Queen as represented by the Department of Agriculture, the Deputy Minister of Agriculture (Respondents) (Respondents)****INDEXED AS: THOMSON v. CANADA (DEPUTY MINISTER OF AGRICULTURE) (C.A.)****Court of Appeal, Pratte, Urie and Mahoney J.J.A.—Ottawa, May 16 and 17, 1990.**

*Judges and courts — Appeal from trial judgment refusing certiorari and mandamus — Notwithstanding Court of Appeal decision Deputy Minister required to follow recommendation of Security Intelligence Review Committee and grant security clearance, Deputy Minister maintaining refusal to do so — Deputy Minister not ordered to grant clearance as outside Court of Appeal's jurisdiction in that Deputy Minister's decision not subject to s. 28 review — Court of Appeal's pronouncement as to Deputy Minister's obligation not obiter dictum and Trial Judge bound thereby.*

*Security intelligence — Appellant denied government employment in spite of Security Intelligence Review Committee's recommendation — F.C.A. holding Deputy Minister bound by SIRC recommendation but Court lacking jurisdiction to order compliance — Trial Division Judge, in refusing prerogative remedies, stating not bound by obiter pronouncement by Court of Appeal — Trial Judge erred in not following binding decision — Deputy Minister ordered to grant security clearance.*

*Public service — Selection process — Deputy Minister of Agriculture denying employment security clearance in spite of recommendation of Security Intelligence Review Committee — F.C.A. concluding Deputy Minister bound by SIRC recommendation but lacking jurisdiction to order compliance — Trial Division refusing prerogative relief — F.C.A., on appeal, ordering Deputy Minister to grant security clearance.*

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 52(2).  
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 28, 52(b)(i).  
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 13(1).*

**Robert Thomson (appellant) (requérant)**

c.

**Sa Majesté la Reine représentée par le ministère de l'Agriculture, le sous-ministre de l'Agriculture (intimés)(intimés)****RÉPERTORIÉ: THOMSON c. CANADA (SOUS-MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (C.A.)****Cour d'appel, juges Pratte, Urie et Mahoney, J.C.A.—Ottawa, 16 et 17 mai 1990.**

*Juges et tribunaux — Appel du jugement de première instance qui a refusé d'accorder des brevets de certiorari et de mandamus — Malgré la décision de la Cour d'appel que le sous-ministre était tenu d'appliquer la recommandation du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et d'accorder une habilitation de sécurité, le sous-ministre a confirmé son refus de le faire — La Cour d'appel n'a pas enjoint au sous-ministre d'accorder une habilitation de sécurité parce qu'elle n'était pas compétente pour le faire, la décision du sous-ministre n'étant pas susceptible de révision sous le régime de l'art. 28 — La décision de la Cour d'appel quant à l'obligation du sous-ministre n'est pas une remarque incidente, et le juge de première instance était lié par cette décision.*

*Renseignement de sécurité — L'appellant s'est vu refuser un emploi dans le gouvernement malgré la recommandation du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité — La C.A.F. a jugé que le sous-ministre devait appliquer la recommandation du CSARS, mais qu'elle n'avait pas compétence pour lui enjoindre de le faire — Le juge de première instance, en refusant d'accorder les recours de prérogative sollicités, a dit qu'il n'était pas lié par la remarque incidente de la Cour d'appel — Le juge de première instance a eu tort de n'avoir pas suivi cette décision qui avait force obligatoire — Il est ordonné au sous-ministre d'accorder une habilitation de sécurité.*

*Fonction publique — Processus de sélection — Le sous-ministre de l'Agriculture a refusé d'accorder une habilitation de sécurité en vue d'un emploi malgré la recommandation du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité — La C.A.F. a conclu que le sous-ministre devait appliquer la recommandation du CSARS, mais qu'elle n'avait pas compétence pour lui enjoindre de le faire — La Section de première instance a rejeté la demande de recours de prérogative — La C.A.F., en appel, a ordonné au sous-ministre d'accorder une habilitation de sécurité.*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 28, 52b)(i).  
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), chap. F-11, art. 13(1).  
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), chap. C-23, art. 52(2).*

*Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, s. 113(1).

*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35, art. 113(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### REVERSED:

*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*, [1989] 1 F.C. 86; (1988), 21 F.T.R. 254 (T.D.).

##### CONSIDERED:

*Thomson v. Canada*, [1988] 3 F.C. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).

##### COUNSEL:

*David J. Jewitt* for appellant (applicant).  
*Ivan G. Whitehall, Q.C.* for respondents (respondents).

##### SOLICITORS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, for appellant (applicant).  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents (respondents).

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally in English by*

MAHONEY J.A.: The Deputy Minister of Agriculture refused to grant the appellant a security clearance and, for that reason only, refused him employment notwithstanding the recommendation of the Security Intelligence Review Committee made pursuant to subsection 52(2) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23. In a reported judgment, [*Thomson v. Canada*] [1988] 3 F.C. 108 (C.A.), this Court held that the Deputy Minister was required to give effect to the recommendation and grant the security clearance but that it was without jurisdiction, under section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to order him to do so because the refusal was not a decision or order subject to section 28 review. The Deputy Minister maintained his refusal and the appellant sought *certiorari* and *mandamus* in the Trial Division. In a reported decision, [*Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture)*] [1989] 1 F.C. 86, the learned Trial Judge concluded that this Court's decision as to the Deputy Minister's obligation was

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION INFIRMÉE:

*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*, [1989] 1 C.F. 86; (1988), 21 F.T.R. 254 (1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Thomson c. Canada*, [1988] 3 C.F. 108; (1988), 50 D.L.R. (4th) 454; 31 Admin. L.R. 14; 84 N.R. 169 (C.A.).

##### AVOCATS:

*David J. Jewitt* pour l'appellant (requérant).  
*Ivan G. Whitehall, c.r.* pour les intimés (intimés).

##### PROCUREURS:

*Nelligan/Power*, Ottawa, pour l'appellant (requérant).  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés (intimés).

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance de la Cour prononcés à l'audience par*

LE JUGE MAHONEY, J.C.A.: Le sous-ministre de l'Agriculture a refusé d'accorder à l'appellant une habilitation de sécurité et, pour ce motif uniquement, lui a refusé un engagement malgré la recommandation qu'a faite le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité en vertu du paragraphe 52(2) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23. Dans un jugement publié, [*Thomson c. Canada*] [1988] 3 C.F. 108 (C.A.), cette Cour a statué que le sous-ministre était lié par la recommandation et devait accorder l'habilitation de sécurité, mais qu'elle n'avait pas compétence, sous le régime de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), chap. F-7, pour lui enjoindre de le faire, parce que le refus n'était pas une décision ni une ordonnance susceptible d'une révision fondée sur l'article 28. Le sous-ministre a confirmé son refus, et l'appellant a saisi la Section de première instance d'une demande de *certiorari* et de *mandamus*. Dans une décision publiée, [*Thomson c. Canada (Sous-ministre de l'Agriculture)*]

*obiter dictum* and refused to follow it. He dismissed the application. This appeal is taken from that decision.

In our opinion, the learned Trial Judge erred in characterizing the decision as to the Deputy Minister's obligation as *obiter*. While the Court might have taken a different approach to determine the jurisdictional issue, it did not. In determining whether or not the Deputy Minister's refusal was subject to section 28 review, i.e., whether it was a decision "other than a decision . . . of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis", it chose to decide whether or not he was obliged in law to give effect to the Committee's recommendation. If he was not, his decision would have had to have been made on a judicial or quasi-judicial basis and, thus, subject to section 28 review; if he had no discretion but to give effect to it, his decision was purely administrative and not subject to section 28 review.

The learned Trial Judge was bound by this Court's decision and he erred in not following it. It is apparent that different arguments have been made to us, and to the learned Trial Judge, on the respondents' behalf than were made to this Court at the earlier hearing. We note that, in its reasons, the Court did not refer to either subsection 113(1) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C., 1985, c. P-35, nor section 13 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.<sup>1</sup> We are, nevertheless, not persuaded that this Court's earlier decision can be said to have been reached *per incuriam* nor that we would be justified in the present circumstances, on that or any other basis, in not following the earlier decision.

<sup>1</sup> 113. (1) Nothing in this Act or any other Act shall be construed to require the employer to do or refrain from doing anything contrary to any instruction, direction or regulation given or made by or on behalf of the Government of Canada in the interest of the safety or security of Canada or any state allied or associated with Canada.

ture)] [1989] 1 C.F. 86, le juge de première instance a conclu que la décision de cette Cour quant à l'obligation du sous-ministre était une remarque incidente, et il a refusé de la suivre. Appel est interjeté de cette décision.

a J'estime que c'est à tort que le juge de première instance a qualifié de remarque incidente la décision relative à l'obligation du sous-ministre. Certes, la Cour aurait pu adopter une approche différente pour trancher la question de compétence; mais elle ne l'a pas fait. En déterminant si le refus par le sous-ministre était susceptible d'une révision sous le régime de l'article 28, c'est-à-dire s'il s'agissait d'une décision «exception faite de celles de nature administrative résultant d'un processus n'ayant légalement aucun caractère judiciaire ou quasi judiciaire», elle a choisi de trancher la question de savoir s'il était tenu en droit de suivre la recommandation du comité. S'il ne l'était pas, sa décision eût été rendue selon un processus judiciaire et quasi judiciaire et, à ce titre, eût été soumise à une révision fondée sur l'article 28; s'il n'était pas investi du pouvoir discrétionnaire d'appliquer ou non cette recommandation, sa décision était purement administrative et n'était pas, de ce fait, exposée à cette révision.

e Le juge de première instance était lié par la décision de cette Cour et il a eu tort de ne l'avoir pas suivie. Il appert que les intimés, par l'entremise de leur avocat, ont présenté à la Cour et au juge de première instance d'autres arguments que ceux qu'ils avaient fait valoir à la Cour d'appel de céans. Nous notons que, dans ses motifs, la Cour n'a fait état ni du paragraphe 113(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), chap. P-35, ni de l'article 13 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), chap. F-11<sup>1</sup>. Nous ne sommes toutefois pas persuadés qu'on puisse dire de la décision antérieure de cette Cour qu'elle a été rendue *per incuriam*, ni que nous soyons fondés dans les circonstances actuelles, sur ce fondement ou sur tout autre fondement, à ne pas nous conformer à la décision antérieure.

<sup>1</sup> 113. (1) La présente loi, ni aucune autre loi, n'a pas pour effet d'imposer à l'employeur l'obligation de faire, ou de s'abstenir de faire, quoi que ce soit de contraire à des directives, instructions ou règlements établis par ou pour le gouvernement du Canada, dans l'intérêt de la sécurité du pays ou d'un État allié ou associé.

The appeal will be allowed with costs here and below. Pursuant to subparagraph 52(b)(i) of the *Federal Court Act*, making the order the Trial Division should have made, we will set aside the refusal of the Deputy Minister to grant the security clearance and order that he do so.

L'appel sera accueilli avec dépens devant cette instance et devant l'instance inférieure. En vertu du sous-alinéa 52b)(i) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui permet de rendre l'ordonnance que la Section de première instance aurait dû rendre, nous infirmerons le refus par le sous-ministre d'accorder l'habilitation de sécurité et nous lui enjoignons de le faire.

*(Continued from previous page)*

13. (1) Subject to subsection (2), nothing in the Act or any other Act of Parliament shall be construed so as to limit or affect the right or power of the Governor in Council to suspend or dismiss any person employed in the public service on the basis of a security assessment.

(2) Where a person has made a complaint with respect to a security assessment to the Security Intelligence Review Committee established by subsection 34(1) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, that person shall not be dismissed pursuant to subsection (1) until after the completion of the investigation in relation to that complaint.

(3) For the purpose of subsection (1), any order made by the Governor in Council is conclusive proof of the matters stated therein in relation to the suspension or dismissal of any person in the interest of the safety or security of Canada or any state allied or associated with Canada.

*(Suite de la page précédente)*

13. (1) Sous réserve du paragraphe (2), la présente loi ni aucune autre loi fédérale n'ont pour effet de porter atteinte au droit ou au pouvoir du gouverneur en conseil de suspendre ou de destituer une personne employée dans la fonction publique en raison d'une évaluation de sécurité.

(2) Une personne ne peut être destituée en vertu du paragraphe (1) si elle a porté plainte contre une évaluation de sécurité devant le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité constitué par le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* et si l'enquête sur la plainte n'est pas terminée.

(3) Pour l'application du paragraphe (1), un décret de suspension ou de destitution pris par le gouverneur en conseil fait foi de son contenu.