

DES-2-06

DES-2-06

2007 FC 490

2007 CF 490

**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Mohammad Momin Khawaja** (*Respondent*)**Mohammad Momin Khawaja** (*défendeur*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KHAWAJA (F.C.)****RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. KHAWAJA (C.F.)**

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, March 30 and May 7, 2007.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 30 mars et 7 mai 2007.

*Evidence — Application under Canada Evidence Act, s. 38.04 for statutory prohibition on disclosure of information set out in Act, s. 38.02(1)(a) — Respondent facing criminal charges in relation to conspiracy to commit terrorist acts in United Kingdom — Applicant claiming disclosure of impugned information will harm Canada's national security, international relations — (1) Three-step test to assess whether Court should make order under Act, s. 38.06(2): (i) whether information relevant to defence; (ii) whether disclosure injurious to international relations, national defence or security; (iii) whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure — (2) Right to make full answer, defence applicable in s. 38 proceeding — (3) Given nature of interests sought to be protected in s. 38 application, inadvertent disclosure not justifying further disclosure — (4) Application of three-part test — Mosaic effect principle, third party rule explained — Importance of protecting international relations, link with national security well recognized — Party seeking disclosure of information must prove public interest in disclosure (eg. fair trial rights) outweighing public interest in non-disclosure (eg. national security) — Assessment made on case-by-case basis — As not sharing information as to what defence might be, respondent not demonstrating relevance of information — Attorney General establishing disclosure of most of information injurious to national security, international relations — Application allowed.*

*Preuve — Demande fondée sur l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada en vue d'obtenir une interdiction légale de divulgation en application de l'art. 38.02(1)a) de la Loi — Le défendeur doit répondre à des accusations de complot en vue de commettre des actes terroristes au Royaume-Uni — Le demandeur a affirmé que la divulgation des renseignements contestés sera préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales du Canada — 1) Un critère comportant trois étapes doit être appliqué pour savoir si la Cour devrait rendre une ordonnance en vertu de l'art. 38.06(2) de la Loi, notamment pour établir si : (i) les renseignements sont utiles ou non à la défense; (ii) la divulgation des renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense ou la sécurité nationales; (iii) les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation — 2) Le droit de présenter une défense pleine et entière s'applique dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 — 3) Eu égard à la nature des intérêts que l'on cherche à préserver d'un préjudice dans la demande visée par l'art. 38, la divulgation par inadvertance ne suffit pas à justifier toute autre divulgation — 4) Application du critère comportant trois volets — Explication du principe de l'effet mosaïque et de la règle des tiers — L'importance de protéger les relations internationales et leur lien avec la sécurité nationale a été bien reconnue — C'est à la partie qui demande la divulgation des renseignements qu'il revient d'apporter la preuve que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation (p. ex. le droit à un procès équitable) l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation (p. ex. la sécurité nationale) — L'appréciation est faite au cas par cas — Comme le défendeur n'a pas échangé de renseignements sur ce que sa défense pourrait être, il n'a pas démontré la pertinence des renseignements — Le procureur général a démontré que la divulgation de la plupart des renseignements serait préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales — Demande accueillie.*

This was an application pursuant to section 38.04 of the *Canada Evidence Act* to have the statutory prohibition on disclosure of information set out in paragraph 38.02(1)(a) of the Act confirmed by the Court. The respondent was arrested in Ottawa on March 29, 2004, and is facing criminal charges in relation to a conspiracy to commit terrorist acts in the United Kingdom. Five other individuals were convicted in the U.K. of terrorism-related offences and have been sentenced to lengthy prison terms. A large quantity of material has been assembled and disclosed to the respondent some of which has already been used as evidence in the U.K. trial and may be introduced in his forthcoming trial. Of the 98,822 pages that have been disclosed to date, about 1700 pages (2%) contain information which has been redacted. The documents include information obtained in confidence from foreign intelligence and law enforcement agencies. While not seeking the disclosure of any information that would reveal sensitive investigative techniques, the identity of any undercover operatives of law enforcement and/or intelligence agencies, or the targets of any other investigation, the respondent asserted, however, that the withholding of much of redacted material was not justifiable given the prosecutor's concession that it was relevant. The Attorney General maintained that disclosure of this information will harm Canada's national security and/or international relations. In addition to seeking to have the statutory prohibition on disclosure confirmed, the applicant requested that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) of the Act to disclose the information in a form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security or international relations. Subsection 38.06(2) provides that if the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, he may, by order, after considering the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure of all or part of the information, or a written admission of facts relating to the information. Subsection 38.06(3) adds that, if the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), he shall, by order, confirm the prohibition of disclosure. The issues were: (1) what is the appropriate test to apply under subsection 38.06(2) of the Act?; (2) whether the right to make full answer and defence is applicable in a section 38 proceeding; (3) what effect the inadvertent disclosure of some of the information should have on the issuance of an order that this information not be further disclosed; and (4) whether the Court should confirm the prohibition of disclosure pursuant to subsection 38.06(3) of the Act.

Il s'agissait d'une demande présentée en vertu de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour que la Cour confirme l'interdiction légale de divulgation qui est prévue par l'alinéa 38.02(1)a) de la Loi. Le défendeur a été arrêté à Ottawa le 29 mars 2004, et il doit répondre à des accusations de complot en vue de commettre des actes terroristes au Royaume-Uni. Cinq autres personnes ont été déclarées coupables au R.-U. d'infractions liées au terrorisme et ont été condamnées à de longues peines d'emprisonnement. Une foule de documents ont été réunis et communiqués au défendeur, dont quelques-uns ont déjà été utilisés comme preuve dans le procès au R.-U. et pourraient être déposés dans le procès à venir du défendeur. Des 98 822 pages qui ont été communiquées à ce jour, quelque 1 700 pages (2 %) contiennent des renseignements qui ont été expurgés. Les documents contiennent des renseignements obtenus à titre confidentiel des forces de l'ordre ou d'organismes de renseignement étrangers. Même s'il ne demande pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler les techniques employées pour mener des enquêtes sensibles ou l'identité d'agents provocateurs appartenant à des organismes de renseignement et/ou à des forces de l'ordre ou encore des personnes visées par d'autres enquêtes, le défendeur a cependant affirmé que le refus de divulguer bon nombre des documents expurgés n'était pas justifiable étant donné que le poursuivant reconnaît qu'ils sont pertinents. Le procureur général a soutenu que la divulgation de ces renseignements sera préjudiciable à la sécurité nationale et/ou aux relations internationales du Canada. En plus de chercher à obtenir la confirmation de l'interdiction légale de divulgation, le demandeur a demandé à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir d'autoriser la divulgation des renseignements selon la forme et sous réserve des conditions les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Le paragraphe 38.06(2) dispose que si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser la divulgation de la totalité ou d'une partie des renseignements ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés. Le paragraphe 38.06(3) précise en outre que dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation en vertu des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation. Les questions en litige étaient celles de savoir : 1) quel critère devait être appliqué au paragraphe 38.06(2) de

*Held*, the application should be allowed.

(1) The Federal Court must engage in a three-step process in assessing whether it should make an order pursuant to section 38.06 of the Act, as was set out by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Ribic*. The first step is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the rule set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*, that is whether the information at issue may reasonably be useful to the defence. The onus is on the party seeking disclosure to meet this stage of the test. The second step is to determine whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security. It is not the role of the judge at this stage of the test to second-guess or substitute his opinion for that of the executive. The burden of convincing the judge of such probable injury is on the party opposing disclosure. The judge must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence. The third step consists of determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, and it is the party seeking disclosure that bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour. In *Ribic*, the Federal Court of Appeal recognized that, as a general rule, “a person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence” as this right is subject to the “Crown’s discretion and the law and rules of privilege” as set out in *Stinchcombe*. Section 38 does not include a purposive clause, but the “purpose” of section 38 has been described as being to protect information where disclosure could be injurious to national defence or international relations and to provide for judicial oversight of government claims of confidentiality for such information. Section 38 is meant to be a complete code that outlines the procedures to be taken when the release of sensitive information that risks injury to international relations, national defence, or national security is at issue. Subsection 38.06(2) of the Act does not specify the test or the factors to be considered in weighing the competing interests, nor does the Act contemplate an obvious imbalance between the public interest in national security and the public interest in the administration of justice. A case-by-case approach is the most appropriate approach to be taken under subsection 38.06(2)

la Loi; 2) si le droit de présenter une défense pleine et entière était applicable dans une instance introduite en vertu de l’article 38; 3) quel effet la divulgation par inadvertance de certains des renseignements devrait avoir sur le prononcé d’une ordonnance interdisant une divulgation supplémentaire de ces renseignements; et 4) si la Cour devrait confirmer l’interdiction de divulgation prononcée en vertu du paragraphe 38.06(3) de la Loi.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

1) La Cour fédérale doit suivre un processus comportant trois étapes pour savoir si elle doit rendre une ordonnance en vertu de l’article 38.06 de la Loi, ainsi que l’enseigne la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*. La première étape consiste à décider si les renseignements dont on demande la divulgation sont utiles ou non au sens ordinaire et commun de la règle formulée par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *R. c. Stinchcombe*, c’est-à-dire si les renseignements en cause peuvent raisonnablement être utiles à la défense. C’est à la partie qui demande la divulgation qu’il incombe de répondre à ce volet du critère. La deuxième étape consiste à décider si la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Il n’appartient pas au juge, à ce stade du critère, de se pencher sur le bien-fondé de l’opinion du pouvoir exécutif ou d’y substituer sa propre opinion. C’est à la partie qui s’oppose à la divulgation qu’il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice. Le juge doit être convaincu que les opinions du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve. La troisième étape consiste à décider si les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation, et c’est à la partie qui demande la divulgation des renseignements qu’il revient d’apporter la preuve que l’intérêt public milite en sa faveur. Dans l’arrêt *Ribic*, la Cour d’appel fédérale a reconnu que, en règle générale, « la personne accusée d’une infraction criminelle n’a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense », car ce droit est subordonné « au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu’au droit et aux règles qui régissent le privilège », comme il est indiqué dans l’arrêt *Stinchcombe*. L’article 38 ne précise aucunement l’intention du législateur, mais l’« objet » de l’article 38 a été défini comme étant de protéger les renseignements dont la divulgation pourrait être susceptible de porter préjudice à la défense nationale ou aux relations internationales et de faire en sorte que les prétentions gouvernementales concernant la confidentialité de ces renseignements soient soumises à la surveillance des tribunaux. L’article 38 est censé constituer un code complet de la procédure à suivre lorsque la communication de renseignements sensibles qui risquent de porter préjudice aux relations

when the balancing step of the test is engaged.

(2) Section 38 illustrates Parliament's concern for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. The rights of the respondent, which include his right to a fair trial and his right to make full answer and defence, must be considered in the context of the third stage of the *Ribic* test. Section 38.14 of the Act merely recognizes that the ultimate responsibility to ensure that the right of an accused to a fair trial is respected falls to the trial judge. It does not however remove the obligation placed on the designated judge in a section 38 proceeding to consider all of the competing public interests that are relevant in a given case, under the balancing portion of the section 38.06 test.

(3) Some of the information at issue has been inadvertently disclosed in the course of the preparation of the criminal case and in the disclosure of documents by the prosecution to the defence. No evidence was presented that this inadvertent disclosure had caused any injury to national security or international relations. With respect to disclosures made unintentionally, the traditional common-law position was that the privilege was lost and the communication deemed admissible. However, more recently it has been held that inadvertent disclosure of privileged information does not automatically result in a loss of privilege. More is required before the privileged communication will be admissible on the ground of an implied waiver. In the end, it is a matter of case-by-case judgment whether the claim of privilege was lost through inadvertent disclosure. In the case of public interest immunity, it is the information itself, and not the relationship that is being protected. Taking into consideration the nature of the interests that are sought to be protected from injury in a section 38 application, inadvertent waiver is not enough to justify disclosure. In light of the case-by-case nature of the test, the most appropriate approach is to proceed by way of the same three-step assessment.

(4) The confirmation of the prohibition of disclosure depended on whether or not the respondent demonstrated that

internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale est en cause. Le paragraphe 38.06(2) de la Loi ne précise pas le critère ou les facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit de soupeser les intérêts opposés, et la Loi n'envisage pas non plus un manque d'équilibre évident entre les raisons d'intérêt public relatives à la sécurité nationale et les raisons d'intérêt public relatives à l'administration de la justice. Dire que chaque cas est un cas d'espèce est l'approche la plus indiquée au sens du paragraphe 38.06(2) lorsqu'on entend de mettre en balance les facteurs pertinents.

2) L'article 38 illustre le souci qu'a eu le législateur d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des particuliers. Les droits du défendeur, qui comprennent son droit à un procès équitable et son droit de présenter une défense pleine et entière, doivent être considérés au regard du troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic*. L'article 38.14 de la Loi reconnaît simplement que c'est au juge de première instance qu'incombe, en fin de compte, la tâche de s'assurer que le droit d'un accusé à un procès équitable est respecté. Il n'écarter pas toutefois l'obligation qu'a le juge désigné, dans la procédure visée par l'article 38, de considérer tous les intérêts publics contradictoires qui sont pertinents dans un cas donné, selon le volet du critère de l'article 38.06 qui concerne la mise en balance des intérêts publics.

3) Certains des renseignements en cause ont été divulgués par inadvertance durant les préparatifs du procès pénal et lorsque la poursuite a communiqué des documents à la défense. Il n'a été présentée aucune preuve montrant que cette divulgation par inadvertance a pu causer un quelconque préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales. S'agissant des divulgations faites involontairement, la position traditionnelle de la common law était que le privilège était perdu et la communication réputée recevable. Plus récemment cependant, les tribunaux ont statué que la divulgation par inadvertance de renseignements protégés n'entraîne pas automatiquement la perte du privilège du secret. Il faut davantage pour que la communication protégée soit admissible pour motif de renonciation tacite. Finalement, il faut juger cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège. S'agissant de l'immunité d'intérêt public, ce sont les renseignements eux-mêmes qui sont protégés, et non la relation. Eu égard à la nature des intérêts que l'on cherche à préserver d'un préjudice dans la demande visée par l'article 38, la renonciation par inadvertance ne suffit pas à justifier la divulgation. Puisque, en ce qui concerne le critère, chaque cas est un cas d'espèce, l'approche la plus indiquée consiste à procéder selon la même évaluation en trois étapes.

4) La confirmation de l'interdiction de divulgation était tributaire de la question de savoir si le défendeur a prouvé que

the information was relevant. As clearly some of the information which the applicant sought to protect had no bearing upon the case against the respondent, the prosecutor's concession that the information was relevant had to be interpreted as a general statement about the documents as a whole and was not applicable to each item of information the documents contain. As to whether disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security, it was necessary to consider the mosaic effect, a principle which stipulates that each piece of information should not be considered in isolation because of the ability of an informed reader to correlate the information and make some damaging deductions. By itself, the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. National security and the maintenance of international relations are clearly legitimate interests of the state. Reference was also made to the "third party rule" which dictates that a Canadian agency in receipt of security intelligence from a foreign government or agency, must obtain their consent prior to disclosing any of that information. This rule applies to the exchange of information between foreign states and agencies and protects both the contents of the information exchanged and its source. In applying this concept, the Court must determine whether Canada has attempted to obtain consent to release the information and whether Canada was aware of the information prior to receiving it from a foreign agency. The rule does not protect the mere existence of a relationship without an exchange of information. The evidence showed that good faith efforts were made and continue to be made to obtain consent to disclosure from foreign agencies where the third party principle was being invoked. The importance of protecting international relations and its link with national security has been well recognized. The disclosure of information such as the identity of targets of investigations, the identity of sources, the identification of means and methods, and of those involved can reasonably lead to the conclusion that an injury to national security could result if such information was disclosed. The Attorney General is under an obligation to ensure that the information presented to the Court is complete, and that due diligence has been met with respect to ensuring that the privileges are properly claimed. Due diligence means taking steps to ensure that the information over which a claim is asserted under section 38 of the Act, is not already publicly available. The Attorney General did not seek to protect evidence that was introduced and made public in the U.K. proceedings. Evidence from that case that was material to the charges against the respondent has been disclosed to him.

les renseignements étaient pertinents. Comme certains des renseignements que le demandeur cherchait à protéger n'avaient manifestement aucun rapport avec les charges portées contre le défendeur, l'admission du poursuivant selon laquelle les renseignements étaient pertinents devait être interprétée comme une déclaration générale portant sur l'ensemble des documents, et non comme une déclaration s'appliquant à chaque renseignement figurant dans les documents. Pour ce qui est de la question de savoir si la divulgation des renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, il fallait tenir compte de l'effet de mosaïque, un principe qui dit qu'un renseignement ne doit pas être considéré isolément en raison de la capacité d'un observateur bien informé de faire la synthèse des renseignements et d'en arriver à des déductions préjudiciables. Par lui-même, l'effet de mosaïque ne constitue pas en général une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. La sécurité nationale et la préservation des relations internationales constituent manifestement des intérêts légitimes de l'État. Il a aussi été question de la « règle des tiers », qui dispose que l'organisme canadien qui reçoit des renseignements de sécurité d'un gouvernement ou organisme étranger doit obtenir le consentement de celui-ci avant de les divulguer. Cette règle s'applique à l'échange de renseignements entre États et organismes de divers pays et protège à la fois le contenu des renseignements échangés et leur source. Dans l'application de cette notion, la Cour doit décider si le Canada a tenté d'obtenir un consentement à la communication des renseignements et s'il avait connaissance des renseignements avant de les avoir reçus d'un organisme étranger. La règle ne protège pas la simple existence d'une relation en l'absence d'un échange de renseignements. La preuve démontrait que des efforts de bonne foi ont été faits et continuent d'être faits pour obtenir le consentement d'organismes étrangers à la divulgation lorsque la règle des tiers était invoquée. L'importance de protéger les relations internationales et leur lien avec la sécurité nationale a été bien reconnue. La divulgation de renseignements concernant l'identité des cibles des enquêtes, l'identité des sources, l'indication de moyens et méthodes et l'identification des personnes concernées peut fort bien justifier la conclusion qu'un préjudice à la sécurité nationale risque de résulter de la divulgation de tels renseignements. Le procureur général a l'obligation de s'assurer que les renseignements présentés à la Cour sont complets et que la diligence requise a été exercée pour invoquer les privilèges. La diligence requise signifie le fait de prendre des mesures pour s'assurer que les renseignements à l'égard desquels un privilège est invoqué en vertu de l'article 38 de la Loi ne sont pas déjà de notoriété publique. Le procureur général n'a pas cherché à protéger des preuves qui avaient été produites et rendues publiques dans l'instance engagée au Royaume-Uni. Les preuves issues de

The assessment of whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure is made on a case-by-case basis. There was clearly a public interest in maintaining the confidentiality of the information at issue, particularly in the context of national security. The respondent's fair trial rights were an important factor, but they do not "trump" national security or international relations in every case particularly where, as here, it was not clear that there would be any infringement of the right to make full answer and defence by non-disclosure of this information. It was not enough for the respondent to simply assert a public interest in having a fair and equitable trial. The assessment required by section 38 of the Act requires that each party present his point of view and support it, if necessary, with appropriate evidence. There was a considerable amount of information in the documents that was immaterial to the case against the respondent and will not reasonably be useful to his defence. The respondent did not share any information with the Court as to what his defence might be and did not meet his onus to demonstrate the relevance of that information. The Attorney General did meet the onus upon him to establish that the disclosure of most of the information at issue would be injurious to national security or to international relations. However, in the particular context of this application where the respondent faces serious criminal charges for which he could receive a lengthy sentence of imprisonment should he be convicted, the public interest in disclosure of the information outweighs the public interest in non-disclosure of said information to the extent that it would be appropriate to provide a summary of the information as contemplated by subsection 38.06(2).

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140; 2002, c. 8, s. 183), 38 "potentially injurious information" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01(1) (as enacted *idem*), 38.02(1) (as enacted *idem*), 38.03 (as enacted *idem*), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12(2) (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*), 38.16 (as enacted *idem*).

cette instance qui présentaient de l'importance pour les accusations portées contre le défendeur lui ont été communiquées.

L'appréciation de la question de savoir si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est faite au cas par cas. Il y avait manifestement un intérêt public dans la préservation de la confidentialité des renseignements en cause, en particulier en matière de sécurité nationale. Les droits du défendeur à un procès équitable constituent un facteur important, mais ils n'éclipsent pas systématiquement la sécurité nationale ou les relations internationales, surtout lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il n'était pas du tout évident qu'il y aurait atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière parce que ces renseignements n'ont pas été divulgués. Il ne suffisait pas au défendeur d'alléguer simplement l'intérêt public dans la tenue d'un procès juste et équitable. L'appréciation exigée par l'article 38 de la Loi oblige chacune des parties à présenter son point de vue et, au besoin, à l'appuyer par des preuves suffisantes. Il y avait dans les documents une quantité considérable de renseignements qui ne concernaient pas les charges qui pesaient contre le défendeur et qui n'étaient pas raisonnablement utiles pour sa défense. Le défendeur n'a pas échangé de renseignements avec la Cour sur ce que sa défense pourrait être et il ne s'est pas acquitté de son obligation de prouver la pertinence de ces renseignements. Le procureur général s'est acquitté de son obligation d'établir que la divulgation de la plupart des renseignements en cause serait préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Cependant, dans le contexte particulier de la présente demande, où le défendeur doit répondre à de graves accusations au pénal pour lesquelles il pourrait être condamné à une longue peine d'emprisonnement s'il est déclaré coupable, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, dans la mesure où il serait judicieux de lui remettre un résumé des renseignements ainsi que le prévoit le paragraphe 38.06(2).

#### 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. 1, 2b), 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 83.03 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4), 83.18 (édicte, *idem*), 83.19 (édicte, *idem*), 83.2 (édicte, *idem*), 83.21 (édicte, *idem*).  
*Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*. New York, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. I-39574, art. 18(19),(20).  
*Convention internationale pour la répression du*

*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], ss. 1, 2(b), 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 83.03 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4), 83.18 (as enacted *idem*), 83.19 (as enacted *idem*), 83.2 (as enacted *idem*), 83.21 (as enacted *idem*).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 383 (as am. *idem*, s. 22).  
*International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*. New York, 9 December 1999, 2178 U.N.T.S. I-38349, Art. 12(1),(3).  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.  
*United Nations Convention against Transnational Organized Crime*. New York, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. I-39574, Art. 18(19),(20).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 2007 FC 128; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; affg (2003), 250 F.T.R. 161; 2003 FCT 10; *Canada (Attorney General) v. Kempo* (2004), 294 F.T.R. 1; 2004 FC 1678.

## CONSIDERED:

*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621; (2007), 280 D.L.R. (4th) 32; 219 C.C.C. (3d) 289; 2007 FC 463; *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316; (1996), 110 F.T.R. 81 (T.D.); *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; (1983), 2 D.L.R. (4th) 193; 4 Admin. L.R. 205; 7 C.C.C. (3d) 385; 37 C.R. (3d) 289; 51 N.R. 81; *Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Court Martial Administrator)*, 2006 FC 1532; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142; (2005), 251 D.L.R. (4th) 13; 45 Imm. L.R. (3d) 163; 330 N.R. 73; 2005 FCA 54; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54

*financement du terrorisme*. New York, 9 décembre 1999, 2178 R.T.N.U. I-38349, art. 12(1),(3).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140; 2002, ch. 8, art. 183), 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01(1) (édicte, *idem*), 38.02(1) (édicte, *idem*), 38.03 (édicte, *idem*), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12(2) (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*), 38.16 (édicte, *idem*).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 383 (mod., *idem*, art. 22).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; conf. 2003 CFPI 10; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463; *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.); *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Administrateur de la cour martiale)*, 2006 CF 1532; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142; 2005 CAF 54; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Chapelstone Developments Inc. c. Canada* (2004), 277 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 350; 2004 NBCA 96; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; 2002 CSC 61; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL); *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740; *Ottawa*

Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Chapelstone Developments Inc. v. Canada* (2004), 277 N.B.R. (2d) 350; 191 C.C.C. (3d) 152; [2004] G.S.C.T. 162; 2005 GTC 1338; 2004 NBCA 96; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 216 D.L.R. (4th) 257; [2002] 11 W.W.R. 191; 4 Alta. L.R. (4th) 1; 167 C.C.C. (3d) 1; 3 C.R. (6th) 209; 96 C.R.R. (2d) 189; [2002] 4 C.T.C. 143; 2002 DTC 7267; 292 N.R. 296; 164 O.A.C. 280; 2002 SCC 61; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568 (T.D.); affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.); *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d); 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 278 F.T.R. 150; 2005 FC 1740; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *Canada v. Singh*, 2002 FCT 460.

## REFERRED TO:

*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; (1995), 162 A.R. 272; 27 Alta. L.R. (3d) 1; 96 C.C.C. (3d) 225; 36 C.R. (4th) 201; 26 C.R.R. (2d) 189; 178 N.R. 118; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; (1997), 143 D.L.R. (4th) 38; [1997] 3 W.W.R. 457; 112 C.C.C. (3d) 385; 4 C.R. (5th) 259; 41 C.R.R. (2d) 266; 207 N.R. 145; *R. v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185; (2002), 210 D.L.R. (4th) 341; 162 C.C.C. (3d) 257; 50 C.R. (5th) 1; 92 C.R.R. (2d) 189; 285 N.R. 201; 157 O.A.C. 1; 2002 SCC 32; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154; 2002 FCA 470; *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89; (1998), 161 D.L.R. (4th) 85; 11 Admin. L.R. (3d) 169; 21 C.P.C. (4th) 327; 80 C.P.R. (3d) 390; 228 N.R. 142 (C.A.); *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306; 18 C.P.C. (3d) 381 (Gen. Div.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762; (1983), 45 B.C.L.R. 218; 35 C.P.C. 146 (S.C.); *Airst v. Airst* (1998),

*Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Canada c. Singh*, 2002 CFPI 460.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185; 2002 CSC 32; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.); *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306; 18 C.P.C. (3d) 381 (Div. gén.); *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762; (1983), 45 B.C.L.R. 218; 35 C.P.C. 146 (S.C.); *Airst v. Airst* (1998), 37 O.R. (3d) 654; 21 C.P.C. (4th) 146 (Div. gén.); *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.); *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.).



37 O.R. (3d) 654; 21 C.P.C. (4th) 146 (Gen. Div.); *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669; (1995), 32 C.R.R. (2d) 95; 100 F.T.R. 261 (T.D.); *Harkat (Re)* (2005), 261 F.T.R. 52; 45 Imm. L.R. (3d) 65; 2005 FC 393; *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129; (1986), 25 D.L.R. (4th) 285; 18 Admin. L.R. 212; 64 N.R. 260 (C.A.).

## AUTHORS CITED

*Evidence: A Canadian Casebook*, 2nd ed. edited by Hamish Stewart *et al.* Toronto: Emond Montgomery, 2006.  
Mewett, Alan W. "State Secrets in Canada" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 358.  
Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2005.  
United Nations Security Council. Resolution 1373 (2001), adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001.

APPLICATION under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* to have the statutory prohibition on disclosure of information set out in paragraph 38.02(1)(a) confirmed by the Court. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Linda J. Wall* and *Derek Rasmussen* for applicant.  
*Lawrence Greenspon* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Greenspon, Brown & Associates*, Ottawa, for respondent.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

MOSLEY J. :

## INTRODUCTION

[1] This is an application by the Attorney General of Canada pursuant to section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act). The respondent,

## DOCTRINE CITÉE

*Evidence : A Canadian Casebook*, 2<sup>e</sup> éd. publiée par Hamish Stewart *et al.* Toronto : Emond Montgomery, 2006.  
Mewett, Alan W. « State Secrets in Canada » (1985), 63 *Rev. du B. Can.* 358.  
Nations Unies Conseil de sécurité. Résolution 1373 (2001), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385<sup>e</sup> séance, le 28 septembre 2001.  
Paciocco, D. M. and L. Stuesser. *The Law of Evidence*, 4<sup>e</sup> éd.. Toronto : Irwin Law, 2005.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour que la Cour confirme l'interdiction légale de divulgation qui est prévue par l'alinéa 38.02(1)a). Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Linda J. Wall* et *Derek Rasmussen* pour le demandeur.  
*Lawrence Greenspon* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Greenspon, Brown & Associates*, Ottawa, pour le défendeur.

*Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par*

LE JUGE MOSLEY :

## INTRODUCTION

[1] Le procureur général du Canada a présenté une demande en vertu de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi). Le défendeur,

Mohammad Momin Khawaja, faces criminal charges in relation to a conspiracy to commit terrorist acts in the United Kingdom. An indictment has been preferred against him in the Ontario Superior Court of Justice alleging a total of seven counts under section 83.2 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4], subsection 83.18(1) [as enacted *idem*], section 83.21 [as enacted *idem*], paragraph 83.03(a) [as enacted *idem*], sections 83.18 and 83.19 [as enacted *idem*] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

[2] The arrest of the respondent took place on March 29, 2004 in Ottawa. On the following day, six individuals were arrested in the U.K. A seventh was taken into custody in Pakistan and later arrested on February 8, 2005 when he returned to the U.K. The trial of the seven accused in the U.K. began on March 21, 2006 and resulted in a jury verdict on April 30, 2007. Five of the accused were convicted of terrorism-related offences and have been sentenced to lengthy prison terms. Two were acquitted. The U.K. case is known as “Operation Crevice.” In Canada, the RCMP labelled their investigation “Project Awaken.”

[3] According to affidavit evidence filed in these proceedings, at Mr. Khawaja’s trial the prosecution will be introducing *viva voce* evidence from a number of witnesses, sound and video recordings, documents including electronic communications reduced to writing, and other evidence. In the exercise of the prosecution’s continuing obligation to ensure that the respondent’s fair trial rights under 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]] (the Charter) are respected, as stipulated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 (*Stinchcombe*), a large quantity of material has been assembled and disclosed to the respondent some of which has already been used as evidence in the U.K. trial and may be introduced in the forthcoming trial of the respondent, subject of course to its admissibility under Canadian legal standards.

[4] The disclosure process began in June of 2004 and has continued thereafter on a periodic basis. Some

Mohammad Momin Khawaja, doit répondre à des accusations de complot en vue de commettre des actes terroristes au Royaume-Uni. L’acte d’accusation a été présenté contre lui devant la Cour supérieure de l’Ontario, acte d’accusation qui allègue un total de sept chefs sous le régime de l’article 83.2 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4], paragraphe 83.18(1) [édicte, *idem*], article 83.21 [édicte, *idem*], alinéa 83.03(a) [édicte, *idem*], articles 83.18 et 83.19 [édicte, *idem*] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

[2] L’arrestation du défendeur a eu lieu le 29 mars 2004 à Ottawa. Le lendemain, six personnes étaient arrêtés au Royaume-Uni. Un septième était mis en détention au Pakistan, puis plus tard arrêté le 8 février 2005 alors qu’il retournait au Royaume-Uni. Le procès des sept accusés au Royaume-Uni a débuté le 21 mars 2006, et le jury a rendu son verdict le 30 avril 2007. Cinq des accusés ont été déclarés coupables d’infractions liées au terrorisme et ont été condamnés à de longues peines d’emprisonnement. Deux ont été acquittés. Au Royaume-Uni, l’affaire est désignée sous le nom « Opération Crevice ». Au Canada, la GRC a baptisé son enquête « Projet Awaken ».

[3] Selon la preuve par affidavit produite dans la présente instance, la poursuite produira, au procès de M. Khawaja, des témoignages de vive voix de plusieurs témoins, des enregistrements sonores et vidéo, des documents, y compris des communications électroniques consignées par écrit, et d’autres preuves. En accord avec l’obligation constante de la poursuite de veiller à ce que les droits du défendeur à un procès équitable sous le régime 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) soient respectés, ainsi que le prescrit l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 (l’arrêt *Stinchcombe*), une foule de documents ont été réunis et communiqués au défendeur, dont quelques-uns ont déjà été utilisés comme preuve dans le procès au Royaume-Uni et pourraient être déposés dans le procès à venir du défendeur, sous réserve naturellement de leur recevabilité selon les normes juridiques canadiennes.

[4] La procédure de communication des preuves a débuté en juin 2004 et s’est poursuivie par la suite

98,822 pages have been disclosed to date. Among the disclosure materials relating to the U.K. evidence served on counsel for the respondent on July 8, 2005, subject to an undertaking that it be used only for the purpose of the criminal trial, were 226 CDs containing intercepted conversations; 13 VHS surveillance videotapes; an exhibit list prepared for the U.K. Crown prosecutor; indexes of statements prepared by the Metropolitan Police; transcripts and surveillance records; photographs taken of the respondent at Heathrow Airport on February 20, 2004 and a closed-circuit television tape of the respondent entering and leaving an address in London on the same date.

[5] I mention the quantities of material disclosed to offer some perspective regarding the scale of this proceeding. Among the disclosed material, a relatively small number of documents have been identified in which there is information that the Attorney General seeks to protect from disclosure or further disclosure. Some 515 documents were originally filed with the Court. In the course of the *ex parte* proceedings, it came to the Court's attention that nine of these documents were not in fact subject to the section 38 proceedings and were not served on the respondent as a result. Eight of these documents are work products of the prosecution and subject to solicitor-client privilege. The ninth is a list of the U.S. marshals that were assigned to protect the witness Mr. Babar during the U.K. trial. The final number of documents before the Court is therefore 506. These documents consist of several thousands of pages, among which are about 1700 pages on which information has been redacted. The documents were assembled from the operational, investigative and administrative files of several agencies including the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) and the Canada Border Services Agency (CBSA). The documents include information obtained in confidence from foreign intelligence and law enforcement agencies.

[6] With the exception of a few documents identified during the *ex parte* hearings for which protection is no

sporadiquement. Quelque 98 822 pages ont été communiquées à ce jour. Parmi les pièces communiquées se rapportant à la preuve provenant du Royaume-Uni qui ont été signifiées à l'avocat du défendeur le 8 juillet 2005, sous réserve de la promesse qu'elles ne soient utilisées qu'aux fins du procès pénal, il y avait 226 CD contenant des conversations interceptées, 13 vidéocassettes VHS de surveillance, une liste de pièces préparée pour le procureur de la Couronne au Royaume-Uni, des fichiers de déclarations préparés par la police de Londres, des transcriptions et des relevés de surveillance, des photographies du défendeur prises à l'aéroport Heathrow le 20 février 2004, enfin un enregistrement magnétoscopique en circuit fermé montrant le défendeur pénétrant dans un immeuble à Londres et quittant cet immeuble, le même jour.

[5] Si je mentionne les quantités de documents qui ont été communiqués, c'est pour donner une idée de l'ampleur de cette procédure. Parmi les pièces communiquées, assez peu ont été recensées qui renferment des renseignements que le procureur général voudrait soustraire à la divulgation, ou à plus ample divulgation. Quelque 515 documents ont été déposés à l'origine auprès de la Cour. Durant la procédure *ex parte*, il est venu à l'attention de la Cour que neuf de ces documents n'étaient pas en réalité soumis à la procédure de l'article 38 et n'avaient par conséquent pas été signifiés au défendeur. Huit d'entre eux émanent de la poursuite et sont soumis au privilège du secret professionnel de l'avocat. Le neuvième est une liste des agents des États-Unis qui étaient affectés à la protection du témoin M. Babar durant le procès au Royaume-Uni. Le nombre ultime de documents que la Cour a devant elle est donc de 506. Ces documents comprennent plusieurs milliers de pages, parmi lesquelles environ 1 700 qui ont été expurgées. Les documents ont été assemblés à partir des dossiers opérationnels, dossiers d'enquête et dossiers administratifs de plusieurs organismes, dont la Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Les documents contiennent des renseignements obtenus à titre confidentiel des forces de l'ordre ou d'organismes de renseignement étrangers.

[6] À l'exception de quelques documents, recensés durant les audiences *ex parte*, pour lesquels la protection

longer sought, the Attorney General maintains the position that disclosure of this information will harm Canada's national security and/or international relations. The applicant is not alleging injury or harm to Canada's national defence interests, the third ground upon which protection from disclosure may be sought under section 38.04 of the Act.

[7] The applicant seeks to have the statutory prohibition on disclosure set out in paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act confirmed by the Court. Alternatively, the applicant requests that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) [as enacted *idem*] of the Act to disclose the information in a form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security or international relations.

[8] The respondent has made it clear that he is not seeking the disclosure of any information that would reveal sensitive investigative techniques, the identity of any undercover operatives of law enforcement and/or intelligence agencies, or the targets of any other investigation. The respondent asserts, however, that the withholding of much of the redacted material is not justifiable given the prosecutor's concession that it is relevant. The respondent argues in the alternative that should the Court deem it necessary to protect national security and/or international relations, the information should be disclosed subject to any reasonable conditions such as prohibiting subsequent disclosure and/or requiring that the disclosed information be utilized only in closed court proceedings.

[9] In these reasons I outline the background to the application, describe the information at issue in general terms, discuss the legal issues raised, the principles that I have applied and the conclusions I have reached about the material in question. The overall question that is before me to determine is whether the statutory bar to disclosure should be confirmed. Given the volume of the information and the varying claims that are being made for its protection arriving at a determination of that

n'est plus demandée, le procureur général continue d'affirmer que la divulgation de tels renseignements sera préjudiciable à la sécurité nationale et/ou aux relations internationales du Canada. Le demandeur n'allègue pas un préjudice aux intérêts du Canada en matière de défense nationale, le troisième moyen à l'appui duquel la dispense de divulgation peut être demandée en vertu de l'article 38.04 de la Loi.

[7] Le demandeur demande que soit confirmée par la Cour l'interdiction légale de divulgation qui est prévue par l'alinéa 38.02(1)a) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art 43] de la Loi. Subsidièrement, il demande à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*] de la Loi, c'est-à-dire le pouvoir d'autoriser la divulgation des renseignements selon la forme et sous réserve des conditions les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale ou aux relations internationales.

[8] Le défendeur a souligné qu'il ne recherche pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler les techniques employées pour mener des enquêtes sensibles, l'identité d'agents provocateurs appartenant à des organismes de renseignement et/ou à des forces de l'ordre, ou encore des personnes visées par d'autres enquêtes. Le défendeur affirme cependant que le refus de divulguer bon nombre des documents expurgés n'est pas justifiable étant donné que le poursuivant reconnaît qu'ils sont pertinents. Le défendeur fait valoir subsidiairement que, pour le cas où la Cour jugerait nécessaire de protéger la sécurité nationale et/ou les relations internationales, les renseignements devraient être divulgués sous réserve de conditions raisonnables, par exemple l'interdiction d'une divulgation ultérieure et/ou l'obligation de n'utiliser que dans des procédures à huis clos les renseignements divulgués.

[9] Dans les présents motifs, j'expose le contexte de la demande, j'évoque en termes généraux les renseignements en cause, et j'examine les points de droit soulevés, les principes que j'ai suivis et les conclusions que j'ai tirées au vu des pièces en question. La question globale dont je suis saisi est celle de savoir si l'interdiction légale de divulgation doit être confirmée. Vu le volume des renseignements et les diverses prétentions avancées à l'appui de leur non-divulgation,

question will require a number of specific decisions. Those decisions will be set out in a schedule to be attached to the order that will issue shortly reflecting the conclusions described at the end of these reasons.

#### PROCEDURAL HISTORY

[10] Subsection 38.01(1) [as enacted *idem*] of the Act provides that every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is “sensitive information” or “potentially injurious information” shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding. “Sensitive information” as defined by the Act [s. 38 (as enacted *idem*)], is “information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the government is taking measures to safeguard.” “Potentially injurious information” [s. 38 (as enacted *idem*)] means “information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.”

[11] On October 25, 2006 the senior prosecutor in this case, David McKercher, gave notice to the Attorney General that he is required to disclose or expects to disclose information that would potentially be injurious to international relations or national security or both. That notice concerned 444 documents consisting in total of about 1 500 pages.

[12] On November 1, 2006 the Attorney General advised Mr. McKercher of his decision to authorize disclosure of part of the information and of the fact that (a) notice was given to the Attorney General and (b) that an application was being made to the Federal Court under subsection 38.04(2) of the Act. A notice of application was filed in the Court the same day together

la réponse à cette question comporte nécessairement plusieurs décisions précises. Ces décisions seront exposées dans l’annexe jointe à l’ordonnance qui sera rendue et qui rendra compte brièvement des conclusions tirées à la fin des présents motifs.

#### FAITS ET PROCÉDURE

[10] Le paragraphe 38.01(1) [édicte, *idem*] de la Loi dispose que tout participant qui, dans le cadre d’une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu’il s’agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d’aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l’avis la nature, la date et le lieu de l’instance. L’expression « renseignements sensibles » est définie ainsi par la Loi [art. 38 (édicte, *idem*)] : « [I]es renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection ». Quant à l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables » [art. 38 (édicte, *idem*)], elle est ainsi définie : « [I]es renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ».

[11] Le 25 octobre 2006, le procureur principal dans cette affaire, David McKercher, donnait avis au procureur général qu’il était tenu de divulguer ou prévoyait de divulguer des renseignements qui seraient potentiellement préjudiciables aux relations internationales ou à la sécurité nationale, ou aux deux. Cet avis concernait 444 documents formant un total d’environ 1 500 pages.

[12] Le 1<sup>er</sup> novembre 2006, le procureur général informait M. McKercher de sa décision d’autoriser la divulgation d’une partie des renseignements, et l’informait aussi du fait que a) avis avait été donné au procureur général, et que b) une demande était présentée à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 38.04(2) de la Loi. Un avis de demande fut déposé devant la Cour le

with a motion for directions.

[13] At the direction of Chief Justice Allan Lutfy, the notice of application and motion record was served on counsel for the respondent on November 2, 2006. The matter was thereafter case-managed by the Chief Justice pursuant to rule 383 [as am. by SOR/2004-283, s. 22] of the *Federal Court Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)] through a series of private teleconferences with counsel for both parties and *ex parte* conferences with counsel for the Attorney General.

[14] An *ex parte* affidavit attaching as exhibits 18 binders containing the 444 documents in unredacted form was filed by counsel for the applicant on November 8, 2006. The affidavit and exhibits have been kept confidential by the Court in a secure location. An additional four *ex parte* affidavits made by intelligence and law enforcement officers respecting the content of the binders were sworn and filed on behalf of the applicant between November 15 and 20, 2006. A private affidavit made by an RCMP officer attaching the redacted versions of the 18 binders as an exhibit was served on counsel for the respondent on November 21, 2006 and filed with the Court on November 23rd. An additional five private affidavits made by officers of several departments and agencies of the Government of Canada were served and filed on November 20, 2006.

[15] On November 16, 2006, Mr. McKercher gave a second notice to the Attorney General respecting an additional group of documents. The same day the Attorney General authorized disclosure of the fact that notice had been given with respect to the additional documents. On December 5, 2006, the Attorney General notified Mr. McKercher of his decision to authorize disclosure of part of the information contained in the documents. A further four *ex parte* affidavits were filed on behalf of the applicant on December 11, 2006 attaching as exhibits five additional binders of documents. Three private affidavits were served on the respondent together with the redacted versions of the

même jour, en même temps qu'une requête en communication de directives.

[13] Conformément aux directives du juge en chef Allan Lutfy, l'avis de demande et le dossier de requête ont été signifiés à l'avocat du défendeur le 2 novembre 2006. L'affaire fut ensuite gérée à titre d'instance à gestion spéciale par le juge en chef, conformément à la règle 383 [mod. par DORS/2004-283, art. 22] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-196, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)], à la faveur d'une série de conférences téléphoniques privées organisées avec les avocats des deux parties, et à la faveur de conférences *ex parte* tenues avec l'avocat du procureur général.

[14] Un affidavit *ex parte* auquel étaient joints, comme pièces, 18 classeurs contenant les 444 documents, non expurgés, a été déposé par l'avocat du demandeur le 8 novembre 2006. L'affidavit et les pièces ont été tenus confidentiels par la Cour, et mis en lieu sûr. Quatre autres affidavits *ex parte* ont été établis sous serment par des agents de renseignement et des agents d'application de la loi à propos du contenu des classeurs, puis déposés au nom du demandeur entre le 15 et 20 novembre 2006. Un affidavit confidentiel établi par un agent de la GRC auquel étaient annexées les versions expurgées des 18 classeurs, fut signifié, à titre de pièce, à l'avocat du défendeur le 21 novembre 2006, puis déposé auprès de la Cour le 23 novembre. Cinq autres affidavits confidentiels, établis par des fonctionnaires de plusieurs ministères et organismes du gouvernement du Canada, ont été signifiés et déposés le 20 novembre 2006.

[15] Le 16 novembre 2006, M. McKercher signifiait au procureur général le second avis se rapportant à un autre groupe de documents. Le même jour, le procureur général autorisait que soit divulgué le fait qu'un avis avait été donné à propos des documents supplémentaires. Le 5 décembre 2006, le procureur général notifiait à M. McKercher sa décision d'autoriser la divulgation d'une partie des renseignements contenus dans les documents. Quatre autres affidavits *ex parte* ont été déposés au nom du demandeur le 11 décembre 2006, auxquels étaient annexés, comme pièces, cinq classeurs additionnels de documents. Trois affidavits confidentiels ont été signifiés au défendeur, en même temps que les versions

five binders of exhibits and were filed with the Court on December 19, 2006. Counsel for the respondent conducted cross-examinations of five of the affiants who had made private affidavits on January 25 and 29, 2007.

[16] On February 6, 2007, the Chief Justice granted leave to the applicant to amend his notice of application dated November 1, 2006. An amended notice of application was filed on February 7, 2007, addressing both groups of documents for which protection is sought by the Attorney General. By order dated February 19, 2007, the Chief Justice fixed dates for the filing of the parties' memoranda of fact and law.

[17] In accordance with section 38.11 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act, the teleconferences with counsel over which the Chief Justice presided in his capacity as case management Judge were held in private. Similarly, the affidavits filed by the applicant and served on counsel for the respondent as evidence in support of the application and the cross-examinations of the affiants were initially treated as private by the Court and the parties. In this context, "private" means counsel for both parties participated but the conferences were not open to the public. Similarly, documents filed as private were served on the opposing party but were not publicly accessible through the Court Registry.

[18] On February 5, 2007, Chief Justice Lutfy rendered his decision in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.) (*Toronto Star*). At issue was a motion which challenged the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) [as enacted *idem*] of the Act. In particular the *Toronto Star* alleged that the impugned provisions infringed the open court principle, which is a core democratic value inextricably linked to the fundamental freedoms of expression and of the media protected under paragraph 2(b) of the Charter, and that the infringement could not be justified under section 1.

expurgées des cinq classeurs de pièces, et ont été déposés auprès de la Cour le 19 décembre 2006. L'avocat du défendeur a procédé les 25 et 29 janvier 2007 aux contre-interrogatoires de cinq des auteurs d'affidavits confidentiels.

[16] Le 6 février 2007, le juge en chef autorisait le demandeur à modifier son avis de demande daté du 1<sup>er</sup> novembre 2006. Un avis modifié de demande fut déposé le 7 février 2007, qui portait sur les deux groupes de documents pour lesquels le procureur général sollicite une protection. Par ordonnance datée du 19 février 2007, le juge en chef fixait les dates de dépôt des exposés des faits et du droit préparés par les parties.

[17] En accord avec l'article 38.11 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi, les conférences téléphoniques avec les avocats, conférences que le juge en chef présidait en sa qualité de juge responsable de la gestion de l'instance, se sont déroulées en privé. De même, les affidavits déposés par le demandeur et signifiés à l'avocat du défendeur à titre de preuves à l'appui de la demande et des contre-interrogatoires des déposants furent d'abord traités comme des documents confidentiels par la Cour et par les parties. Dans ce contexte, le mot « confidentiel » ou « privé » signifie que les avocats des deux parties ont pris part aux conférences, mais que celles-ci n'étaient pas ouvertes au public. De même, les documents déposés comme documents confidentiels ont été signifiés à la partie adverse, mais ils n'étaient pas accessibles au public par l'entremise du greffe de la Cour.

[18] Le 5 février 2007, le juge en chef Lutfy rendait sa décision dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (C.F.) (la décision *Toronto Star*). Cette affaire concernait une requête où était contestée la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) [édicte, *idem*] de la Loi. Plus précisément, le *Toronto Star* soutenait que les dispositions contestées étaient une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, principe qui est une valeur démocratique essentielle, inextricablement liée aux libertés fondamentales que sont la liberté d'expression et la liberté des moyens de communication, protégées par l'alinéa 2b) de la Charte, et que l'atteinte en cause ne pouvait pas être justifiée par l'article premier.

[19] The provisions at issue respectively required that confidentiality be maintained in respect of all applications made pursuant to section 38; that section 38 application hearings be heard in private; and that confidentiality be maintained in respect of all court records related to a section 38 proceeding. As was noted by the Court at paragraph 18, the combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) in the case at bar was to deny the *Toronto Star* and the public generally access to the section 38 application and all court records associated with the designated proceeding. This, despite the fact that the existence of the proceeding was already public knowledge, and that certain portions of the proceeding did not concern secret information.

[20] The Chief Justice highlighted that there were in fact two types of hearings in a section 38 proceeding: sessions at which all of the parties are present but which are nonetheless closed to the public (private sessions) and sessions which take place in the absence of one or more of the parties (*ex parte* sessions): *Toronto Star*, above, at paragraph 32. With respect to the former, the Chief Justice emphasized that there is no secret information disclosed. He noted further that the constitutionality of the later had not been raised in the case before him: *Toronto Star*, above, at paragraphs 33-34. The Chief Justice also stipulated that his ruling was only applicable to those cases in which the existence of the designated proceeding had been made public: *Toronto Star*, above, at paragraph 22.

[21] The Chief Justice outlined that it had in fact been accepted by both parties that the impugned provisions violated the open court principle and therefore infringed paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *Toronto Star*, above, at paragraph 24. The focus of the decision was therefore on whether the impugned provisions could be saved under section 1 of the Charter, and if not, what the appropriate constitutional remedy was that should apply.

[22] By way of comparison to the Supreme Court of Canada decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*,

[19] Les textes en cause disposaient respectivement que la confidentialité des documents devait être préservée pour toutes les demandes présentées en vertu de l'article 38, que les demandes selon l'article 38 devaient être instruites à huis clos et que la confidentialité devait être préservée pour tous les dossiers judiciaires se rapportant à la procédure de l'article 38. Comme le notait la Cour au paragraphe 18, l'effet combiné des paragraphes 38.04(4) et 38.12(2), dans l'affaire considérée, était de refuser au *Toronto Star* et au public en général l'accès à la demande fondée sur l'article 38 ainsi qu'à tous les dossiers judiciaires se rapportant à l'instance désignée. Et cela, en dépit du fait que l'existence de l'instance était déjà de notoriété publique et que certaines portions de l'instance ne concernaient pas des renseignements confidentiels.

[20] Le juge en chef a souligné que la procédure de l'article 38 comportait en fait deux genres d'audience : les audiences au cours desquelles toutes les parties sont présentes, mais qui sont néanmoins fermées au public (séances à huis clos), et les audiences qui ont lieu en l'absence de l'une ou de plusieurs des parties (séances *ex parte*) : décision *Toronto Star*, précitée, au paragraphe 32. S'agissant des premières, le juge en chef soulignait qu'aucun renseignement confidentiel n'était divulgué. Il relevait ensuite que la constitutionnalité des secondes n'avait pas été soulevée dans l'affaire dont il était saisi : décision *Toronto Star*, précitée, aux paragraphes 33 et 34. Le juge en chef disait aussi que sa décision n'était applicable qu'aux affaires où l'existence de l'instance désignée avait été rendue publique : décision *Toronto Star*, précitée, au paragraphe 22.

[21] Le juge en chef précisait que les deux parties avaient en réalité admis que les dispositions contestées contrevenaient au principe de la publicité des débats judiciaires et par conséquent portaient atteinte à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* : décision *Toronto Star*, précitée, au paragraphe 24. Il s'agissait donc de savoir si les dispositions contestées pouvaient être justifiées par l'article premier de la Charte et, dans la négative, quelle mesure réparatrice constitutionnelle il convenait d'accorder.

[22] À titre de comparaison avec l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ruby c. Canada*



[2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*) wherein similar provisions of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 were considered, the Chief Justice noted that the Supreme Court had found in that case that the mandatory statutory requirement to exclude the public from portions of the review hearing when there existed no risk that national security information or foreign confidences could be disclosed, was overbroad. The Chief Justice held that the same reasoning applied with equal force in the context of section 38 proceedings, finding that “the impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle”: *Toronto Star*, above, at paragraph 70. He accordingly concluded that the impugned provisions failed at the minimal impairment branch of the *Oakes* test [*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103] and could not be saved under section 1 of the Charter.

[23] In setting out the appropriate remedy, again referring to the *Ruby* decision by way of comparison, the Chief Justice read down the impugned sections to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2): *Toronto Star*, at paragraph 83. As in *Ruby*, the Chief Justice outlined that the effect of his decision was that private sessions in section 38 proceedings would be presumptively open to the public, where the existence of those proceedings was already public knowledge.

[24] Counsel for the parties were informed on February 15, 2007 that the undersigned had been designated by the Chief Justice to determine the section 38 application in this matter. At a conference with counsel on March 6, 2007, I advised them that I was adopting the Chief Justice’s reasons in *Toronto Star* as my own, and considering that the existence of the proceedings was already public knowledge, I would therefore apply section 38.11 in the present case as it had been read down in that decision. Thus the March 6,

(*Solliciteur général*), [2002] 4 R.C.S. 3 (l’arrêt *Ruby*), où étaient en cause des dispositions analogues de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, le juge en chef a relevé que la Cour suprême avait jugé dans cette affaire que l’obligation légale impérative d’exclure le public de certaines portions de l’audience d’examen quand il n’existait aucun risque que puissent être divulgués des renseignements sur la sécurité nationale, ou des renseignements confidentiels de source étrangère, avait une portée excessive. Le juge en chef a conclu que le même raisonnement s’appliquait avec la même force aux instances introduites selon l’article 38, en disant que « les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires » : décision *Toronto Star*, précitée, au paragraphe 70. Il est donc arrivé à la conclusion que les dispositions contestées ne répondaient pas au critère de la jurisprudence *Oakes* [*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103] relative à l’atteinte minimale et ne pouvaient pas être justifiées selon l’article premier de la Charte.

[23] S’agissant de la mesure réparatrice indiquée, et se référant de nouveau à l’arrêt *Ruby* à titre de comparaison, le juge en chef a interprété étroitement les articles contestés de telle sorte qu’ils ne s’appliquaient qu’aux observations qui sont présentées *ex parte* et dont il est question au paragraphe 38.11(2) : décision *Toronto Star*, au paragraphe 83. Comme dans l’arrêt *Ruby*, le juge en chef précisait que l’effet de sa décision était que les séances à huis clos, dans les instances introduites selon l’article 38, étaient présumées être des séances ouvertes au public, lorsque l’existence de telles instances était déjà de notoriété publique.

[24] Les avocats des parties ont été informés le 15 février 2007 que le soussigné avait été désigné par le juge en chef pour statuer sur la demande présentée dans cette affaire en vertu de l’article 38. Lors de la conférence tenue avec les avocats le 6 mars 2007, je les ai informés que je faisais miens les motifs exposés par le juge en chef dans la décision *Toronto Star*, et que, puisque l’existence de l’instance était déjà de notoriété publique, j’appliquerais par conséquent l’article 38.11 dans la présente affaire au sens étroit consacré par cette

2007 conference was open to the public and the formerly “private” affidavits and cross-examinations were subsequently made available for release to the public on request by the Registry. Similarly, memoranda of fact and law filed by the parties were also made accessible to the public with a few minor redactions to black out certain names. The hearing of oral submissions from both parties on March 30, 2007, on the merits of the application was conducted in an open courtroom and these reasons are public.

[25] The applicant filed a separate *ex parte* memorandum of fact and law and nine *ex parte* affidavits. The evidence of four witnesses was heard *ex parte* and *in camera* over the course of 11 hearing days in March during which eight additional exhibits were filed. This evidence has been kept confidential as required by the statute.

[26] On March 15, 2007, counsel for the respondent served and filed a notice of constitutional question indicating the respondent’s intent to challenge the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the Act. The grounds cited by the respondent in the notice were, in essence, that his Charter rights to a fair and public hearing and to make full answer and defence, and the open court principle, as protected by section 7, paragraphs 11(d) and 2(b) of the Charter, were unjustifiably infringed by the *ex parte* proceedings provided for by this subsection, and utilized in this case.

[27] On March 28, 2007, counsel for the respondent submitted a request that I disqualify myself from hearing the application by reason of my involvement in the development of amendments to section 38 which were adopted through the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, known before its enactment as Bill C-36. In reasons delivered at the outset of the hearing on March 30, 2007, I declined to recuse myself from hearing the application on the merits, but agreed to step aside to allow the constitutional question to be decided by another judge, not for the reason put forward by the respondent, but because of the *ex parte* evidence and submissions that I

décision. La conférence du 6 mars 2007 fut donc ouverte au public et les affidavits et contre-interrogatoires auparavant « confidentiels » furent ultérieurement mis à disposition par le greffe, pour communication au public sur demande. De même, les exposés des faits et du droit déposés par les parties furent eux aussi mis à la disposition du public, sauf quelques suppressions mineures visant à masquer certains noms. Le 30 mars 2007, les débats portant sur le bien-fondé de la demande se sont déroulés publiquement, et les présents motifs sont publics.

[25] Le demandeur a produit séparément et *ex parte* un exposé des faits et du droit, et neuf affidavits *ex parte*. Les dépositions de quatre témoins ont été entendues *ex parte* et à huis clos au cours de 11 jours d’audience, en mars, durant lesquels huit pièces additionnelles ont été déposées. Ces dépositions ont été tenues confidentielles ainsi que l’exige la loi.

[26] Le 15 mars 2007, l’avocat du défendeur signifiait et déposait un avis de question constitutionnelle indiquant l’intention du défendeur de contester la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la Loi. Les moyens avancés par le défendeur dans l’avis étaient, pour l’essentiel, que son droit à un procès public et équitable, son droit de présenter une défense pleine et entière, enfin le principe de publicité des débats judiciaires, droits et principe qui sont protégés par l’article 7 et les alinéas 11d) et 2b) de la Charte, étaient violés sans justification par la procédure *ex parte* prévue par ledit paragraphe 38.11(2) et employée dans la présente affaire.

[27] Le 28 mars 2007, l’avocat du défendeur présentait une requête dans laquelle il me priait de me récuser à l’égard de la demande en raison du rôle que j’avais joué dans l’élaboration de modifications apportées à l’article 38, modifications qui furent adoptées à la faveur de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, connue, avant sa promulgation, sous le nom de projet de loi C-36. Dans des motifs prononcés au début de l’audience le 30 mars 2007, j’ai refusé de me récuser quant à l’instruction de la demande au fond, mais j’ai accepté de me retirer pour permettre à un autre juge de statuer sur la question constitutionnelle, non pas pour la

had already heard. I proceeded to hear argument from counsel for the parties on the merits of the application on the same date, advising them that I would reserve a decision until such time as the constitutional question was determined by another judge.

[28] In the course of the hearing on March 30, 2007, I reminded counsel for the respondent that it was open to him to request an opportunity to make *ex parte* representations to the Court to assist it in determining what information might be of help to the respondent in making his defence. Counsel at that time indicated that anything that would tend to show what had been offered a material witness in exchange for his testimony would be useful. The respondent did not subsequently request an opportunity to make *ex parte* representations and did not provide any further submissions as to what information might be of assistance to his client.

[29] Arguments on the constitutional question were heard by the Chief Justice on April 4 and 19, 2007. While awaiting his decision I continued my review of the documents and read each of the redacted references in the approximately 1700 pages of material. As required by subsection 38.11(2), I heard *ex parte* oral representations from the applicant on April 17, 2007 and subsequently have received a number of responses in writing to questions I have raised. Counsel for the Attorney General has also provided, at my request, a table of concordance between the materials disclosed to the respondent and the exhibits in the 23 binders served upon him. This will be provided to counsel for the respondent to assist him in comparing the content of the binders to the other materials which he has received.

[30] Chief Justice Lutfy rendered his decision on April 30, 2007. I completed my deliberations in this matter following the release of that decision, wherein the Chief Justice dismissed the respondent's motion. The Court found that subsection 38.11(2) was in accordance with section 7 and paragraph 11(d) of the Charter, and justifiably infringed paragraph 2(b): *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.), at paragraphs 59 and 63 (*Khawaja*).

raison avancée par le défendeur, mais à cause des dépositions et conclusions *ex parte* que j'avais déjà entendues. J'ai alors entendu le même jour les arguments des avocats des parties sur le bien-fondé de la demande, en les informant que je suspendrais ma décision jusqu'à ce qu'un autre juge ait statué sur la question constitutionnelle.

[28] Au cours de l'audience du 30 mars 2007, j'ai rappelé à l'avocat du défendeur qu'il lui était loisible de présenter des observations *ex parte* à la Cour pour aider celle-ci à déterminer quels renseignements pourraient être utiles au défendeur dans la présentation de sa défense. L'avocat du défendeur a alors précisé que tout ce qui tendrait à prouver ce qui avait été offert à un témoin important en échange de son témoignage serait utile. Il n'a pas par la suite sollicité une occasion de présenter des observations *ex parte* et n'a pas invoqué d'autres arguments quant aux renseignements qui pourraient être utiles à son client.

[29] Les arguments sur la question constitutionnelle ont été entendus par le juge en chef les 4 et 19 avril 2007. Dans l'attente de sa décision, j'ai poursuivi mon examen des documents et lu chacune des mentions expurgées parmi les quelque 1 700 pages de documents. Ainsi que l'exige le paragraphe 38.11(2), j'ai entendu le 17 avril 2007 les observations présentées *ex parte* par le demandeur et j'ai reçu par la suite plusieurs réponses écrites aux questions que j'avais soulevées. L'avocat du procureur général a également produit, à ma demande, une table de concordance entre les documents communiqués au défendeur et les pièces des 23 classeurs qui lui avaient été signifiés. Cette table sera remise à l'avocat du défendeur pour l'aider à comparer le contenu des classeurs avec les autres documents qu'il a reçus.

[30] Le juge en chef Lutfy a rendu sa décision le 30 avril 2007. J'ai poursuivi ma réflexion dans cette affaire après que cette décision fut rendue, dans laquelle le juge en chef rejetait la requête du défendeur. La Cour a jugé que le paragraphe 38.11(2) était conforme à l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte et que l'atteinte à l'alinéa 2b) était justifiable : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.), aux paragraphes 59 et 63 (la décision *Khawaja*).

## OVERVIEW OF THE INFORMATION

[31] The information at issue on this application is contained in 23 four-inch binders consisting of 506 documents varying in size from a few pages to several hundred. Within the pages of these documents, which have largely been disclosed in unredacted form to the respondent, there are about 1700 pages containing the information which the Attorney General seeks to protect. While it took a considerable amount of time to read through the 23 binders, the 1700 pages are less than 2% of the total volume of 98 822 pages of material disclosed to the respondent in the criminal proceedings. The claims for protection under section 38 range in scale from a series of successive pages entirely redacted to isolated and brief references scattered amongst many pages of unredacted material. In some documents, there are also extensive claims of privilege at common law or under section 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140; 2002, c. 8, s. 183] of the Act which the Crown may assert at trial.

[32] At first impression, the material in the 23 binders consists, in large part, of the miscellaneous flotsam and jetsam that collects in police files in the course of a major criminal investigation. It is not evidence which the Crown will seek to introduce against the accused at trial. That evidence has been disclosed to the respondent. Nor is the information evidence of an exculpatory nature. Indeed it is difficult to see how it could be of assistance to the defence. The only realistic possibility in my view is that some of this material might be used, as counsel for the respondent has suggested, in cross-examination of witnesses at trial. I find even that use doubtful, having read each of the several thousand pieces of information.

[33] There is considerable repetition within the redacted documents, as the same information was often collected by each member of the investigation team as Project Awaken unfolded. It appears that the large team of investigators assembled for the project all attended the same briefing sessions, all took notes of the same information, prepared reports from their notes and thereafter repeatedly recycled the same content in

## APERÇU DES RENSEIGNEMENTS

[31] Les renseignements en cause dans la présente demande remplissent 23 classeurs de quatre pouces d'épaisseur qui comprennent 506 documents dont la taille varie de quelques pages à plusieurs centaines. Dans ces documents, qui ont été largement divulgués au défendeur sous forme non expurgée, il y a environ 1 700 pages contenant les renseignements que le procureur général veut protéger. Il a fallu un temps considérable pour lire en entier les 23 classeurs, mais les 1 700 pages représentent moins de 2 p. 100 du volume total de 98 822 pages de pièces communiquées au défendeur dans le procès pénal. Les demandes de protection faites en vertu de l'article 38 varient, en importance, d'une série de pages successives entièrement expurgées, à des renvois isolés et brefs éparpillés sur de nombreuses pages de documents non expurgés. Dans certains documents, de nombreux privilèges, relevant de la common law ou de l'article 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140; 2002, ch. 8, art. 183] de la Loi, sont aussi invoqués, que la Couronne pourrait faire valoir au procès.

[32] À première vue, les documents des 23 classeurs se composent en grande partie des divers éléments qui s'accumulent dans les dossiers de la police au cours d'une importante enquête pénale. Il ne s'agit pas de preuves que la Couronne voudra produire contre l'accusé au procès. Ces preuves ont été communiquées au défendeur. Les renseignements en cause ne sont pas non plus des preuves de nature à disculper le défendeur. Il est d'ailleurs difficile de voir comment ils pourraient venir en aide à la défense. L'unique possibilité réaliste, à mon avis, est que certains de ces documents pourraient servir, comme l'a proposé l'avocat du défendeur, à contre-interroger des témoins au procès. Je crois même que cette éventualité est douteuse, après avoir pris connaissance de chacun des milliers de renseignements.

[33] Il y a énormément de répétitions dans les documents expurgés, les mêmes renseignements ayant été souvent recueillis par chacun des membres de l'équipe d'enquête à mesure qu'avancait le Projet Awaken. Il semble que les nombreux enquêteurs mis à contribution pour le projet ont tous assisté aux mêmes séances d'information, ont tous pris note des mêmes renseignements, ont préparé des rapports à partir de

various forms. Information provided on paper was also entered electronically into one or more of the several document management systems which the RCMP seems to have been operating simultaneously during the course of this investigation. The same information repeatedly appears in investigators notes and case files, in print-outs of the electronic entries, in periodic task and status reports and briefing notes to senior personnel. It does not become more material through repetition.

[34] The redacted pages in the first set of 23 binders served on the respondent and filed with the Court in November and December 2006 did not distinguish clearly between information subject to the section 38 claims for protection at issue in the present case and that which may be subject to other claims of privilege not at issue, such as under section 37 of the Act or at common law. It is apparent from my review of the material that there are many pages of redactions which include only sporadic or brief references for which section 38 claims are being made. This obscures the limited scope of these proceedings and confuses the role of this Court with that of the trial Judge who must determine whether any of the other claims of privilege can be sustained.

[35] To illustrate, document 4511 consists of one of the investigator's notes for the period April 13, 2004 to August 23, 2005. The original notes comprise 187 sequentially numbered pages. The redacted version served on counsel for the respondent in the November binders consists of 74 pages. Page 32 of 74, containing the investigator's notes for Wednesday, February 23, 2005, is blacked out almost completely in the redacted version. On that page there are two brief references for which section 38 claims are made. One is a single line naming persons who attended a meeting at 10:00 a.m. on that date and the other is to a three-letter acronym for the name of an agency. The remainder of the redactions relate to other claims of privilege but it is not clear from the redacted document what is section 38 based and what is not or the grounds for claiming the privilege. There are many other

leurs notes et par la suite ont constamment recyclé le même contenu sous diverses formes. Les renseignements consignés sur papier ont également été saisis électroniquement dans un ou plusieurs des divers systèmes de gestion des documents que la GRC semble avoir utilisés simultanément au cours de cette enquête. Les mêmes renseignements apparaissent très souvent dans les notes et dossiers des enquêteurs, dans les imprimés des saisies électroniques, dans les rapports périodiques et comptes rendus de tâches et dans les notes d'information adressées aux cadres supérieurs. Ils ne deviennent pas plus importants par la répétition.

[34] Les pages expurgées du premier ensemble de 23 classeurs signifiés au défendeur et déposés auprès de la Cour en novembre et décembre 2006 ne faisaient pas une distinction claire entre les renseignements sujets aux demandes de protection en vertu de l'article 38 qui sont en cause dans la présente affaire et ceux qui pourraient être sujets à d'autres allégations de privilège non en cause ici, par exemple en vertu de l'article 37 de la Loi ou selon la common law. Après examen des documents, il m'apparaît que de nombreuses pages expurgées ne sont que des mentions brèves ou sporadiques pour lesquelles la protection de l'article 38 est réclamée. Cela obscurcit la portée restreinte de la présente instance et confond le rôle de la Cour avec celui du juge de première instance qui devra dire si tel ou tel autre privilège allégué peut être admis.

[35] À titre d'exemple, le document 4511 consiste dans les notes de l'un des enquêteurs pour la période allant du 13 avril 2004 au 23 août 2005. Les notes originales se composent de 187 pages à numérotage séquentiel. La version expurgée qui a été signifiée à l'avocat du défendeur dans les classeurs de novembre comprend 74 pages. La page 32, qui contient les notes de l'enquêteur pour le mercredi 23 février 2005, est masquée presque entièrement dans la version expurgée. Sur cette page, il y a deux brèves mentions indiquant qu'une protection fondée sur l'article 38 est demandée. La première est une ligne unique nommant les personnes qui ont assisté à une réunion ce jour-là à 10 heures du matin, et la seconde fait état d'un acronyme de trois lettres employé pour désigner un organisme. Le reste des suppressions se rapporte à d'autres invocations de privilèges, mais il est difficile de savoir, d'après le

non-section 38 redactions in these pages.

[36] In an effort to address this problem, a fresh affidavit accompanied by a revised 23 volumes of redacted materials was served on the respondent on February 28, 2007 and filed with the Court on March 1, 2007. This new set is comprised of the same documents as those produced in this matter as exhibits to affidavits dated November 17 and December 19, 2006, with the exception that the new documents include the date the document was printed, the page number and a document identification number at the bottom of each page. The document identification numbers range from 0018 to 6938 corresponding to the number of documents disclosed to the respondent. A table of concordance between these numbers and those of the documents disclosed to the respondent was prepared at the Court's request and will be provided to counsel for the respondent.

[37] The new set of documents distinguishes between the redactions related to section 38 of the Act and those related to other claims of privilege which the prosecution may seek to assert in the criminal proceedings. This was done by including a notation, "s. 38 CEA" or "CEA s. 38" where appropriate. Where a claim to protect the information under other types of privilege is being sought, there is a notation including the letter "V" and a number on the redacted information. This refers to "V-codes", an RCMP internal classification system to identify information which may be subject to privilege claims. The V-code notations also appear in the margins of the documents contained in the original set of 23 binders for all of the redacted material including the section 38 claims. It showed, for example, whether the section 38 claim was for third party information or to protect operational techniques.

[38] While the intention in preparing the revised set of binders may have been to draw a clear distinction

document expurgé, quelles sont celles qui sont fondées sur l'article 38 et celles qui ne le sont pas, ou de savoir pourquoi le privilège est revendiqué. Il y a dans ces pages de nombreuses autres suppressions qui ne sont pas fondées sur l'article 38.

[36] Afin de régler cette difficulté, un nouvel affidavit accompagné d'un ensemble révisé de 23 volumes de documents expurgés a été signifié au défendeur le 28 février 2007 et déposé auprès de la Cour le 1<sup>er</sup> mars 2007. Ce nouvel ensemble se compose des mêmes documents que ceux produits dans la présente affaire à titre de pièces jointes aux affidavits datés du 17 novembre et du 19 décembre 2006, sauf que les nouveaux documents indiquent la date à laquelle le document a été imprimé, le numéro de page et un numéro d'identification du document au bas de chaque page. Les numéros d'identification des documents vont de 0018 à 6938, chiffres qui correspondent aux numéros des documents communiqués au défendeur. Une table de concordance entre ces numéros et ceux des documents communiqués au défendeur a été préparée à la demande de la Cour et sera remise à l'avocat du défendeur.

[37] Le nouvel ensemble de documents fait la distinction entre les suppressions reliées à l'article 38 de la Loi et celles qui se rapportent à d'autres allégations de privilège que la poursuite pourra faire valoir lors du procès pénal. On s'y est pris en insérant la mention « art. 38 LPC » ou « LPC art. 38 », dans les cas indiqués. Lorsque la protection des renseignements est demandée en vertu d'autres privilèges, il y a une note, comprenant la lettre « V » et un chiffre, sur le renseignement expurgé. Il s'agit des « codes V », un système de classification interne de la GRC qui sert à indiquer les renseignements pouvant être sujets à des revendications de privilège. Les mentions « codes V » apparaissent aussi dans les marges des documents contenus dans l'ensemble initial de 23 classeurs, pour tous les passages supprimés visant les revendications de privilège selon l'article 38. La mention indiquait par exemple si la revendication fondée sur l'article 38 se rapportait à des renseignements de tiers ou à la protection de modes opératoires.

[38] L'idée de préparer l'ensemble révisé de classeurs visait peut-être à établir une distinction précise entre les

between the material subject to this application and any claim of privilege that might be raised before the trial Judge under section 37 of the Act or at common law, the practical effect was to provide rather less information to the respondent about the nature of the information for which a section 38 claim is made. By removing the V-codes from the redacted material subject to the section 38 claim, the reader is left with no inkling as to the type of information sought to be protected. It remains open to counsel for the respondent, as was acknowledged during the March 30, 2007 hearing, to compare the February binders with the earlier set in an effort to determine the general nature of the information for which a section 38 claim is being made.

[39] From my own review of the material and the evidence heard *ex parte*, the V-code notations do not always accurately reflect the content of the redacted information. For example, document 0025 contains five pages of notes made by a member of the investigative team on February 29, 2004. The cover sheet bears as the reason for non-disclosure the code V-11. On Exhibit 1 to the cross-examination of Inspector Chesley Parsons on January 25, 2007 this code is said to relate to the protection of the privacy or security of a third party. While the names of third parties appear in document 0025, the justification advanced by the Attorney General on the application for the protection of the redacted information in this document is that it reveals investigative techniques and operational methods.

[40] To address this concern, the schedule prepared by the Court briefly describes the nature of the claims for which protection is sought by the Attorney General with respect to the section 38 redactions in each document.

[41] Subject to some additional pieces of information that had been overlooked by the investigators in the course of vetting these documents for the purpose of this application and which were identified by witnesses in the course of the *ex parte* hearings, the portions of each

pièces visées par la présente demande et toute revendication de privilège susceptible d'être avancée devant le juge de première instance en vertu de l'article 37 de la Loi ou en vertu de la common law, mais l'effet pratique fut plutôt la communication d'une quantité moindre de renseignements au défendeur à propos de la nature des renseignements pour lesquels un privilège est invoqué selon l'article 38. Si l'on supprime les codes V des passages expurgés visés par la revendication de privilège dont parle l'article 38, le lecteur n'a pas la moindre idée du genre de renseignements que l'on cherche à protéger. Il demeure loisible à l'avocat du défendeur, comme cela fut admis au cours de l'audience du 30 mars 2007, de comparer les classeurs de février avec l'ensemble antérieur, dans le dessein de déterminer la nature générale des renseignements pour lesquels un privilège selon l'article 38 est invoqué.

[39] D'après mon propre examen des documents et de la preuve entendue *ex parte*, les mentions « code V » ne reflètent pas toujours exactement le contenu des renseignements expurgés. Ainsi, le document 0025 contient cinq pages de notes prises par un membre de l'équipe d'enquête le 29 février 2004. La feuille de couverture indique, comme motif de non-divulgateion, le code V-11. Sur la pièce 1 annexée au contre-interrogatoire de l'inspecteur Chesley Parsons en date du 25 janvier 2007, il est dit que ce code se rapporte à la protection de la vie privée ou de la sécurité d'un tiers. Les noms de tiers apparaissent dans le document 0025, mais la justification donnée par le procureur général sur la demande de protection des renseignements expurgés figurant dans ce document est que les renseignements révèlent des techniques d'enquête et des modes opératoires.

[40] Pour régler ce problème, l'annexe préparée par la Cour expose brièvement la nature des revendications par lesquelles la protection est sollicitée par le procureur général à l'égard des suppressions faites dans chaque document en vertu de l'article 38.

[41] Sous réserve de certains renseignements supplémentaires qui avaient été oubliés par les enquêteurs lorsqu'ils avaient examiné ces documents aux fins de la présente demande et qui ont été inventoriés par les témoins au cours des audiences *ex*

document which the Attorney General seeks to protect from disclosure are clearly highlighted in colour in the material filed with the Court.

[42] The *ex parte* affidavits filed with the Court identify and categorize in detail the nature of the risks of injury claimed by the Attorney General with specific reference to each document containing sensitive or potentially injurious information. The testimony of the witnesses heard *in camera* and *ex parte* elaborated upon these concerns. Each witness first provided an overview of the nature of the interest of each agency in the material before the Court, their relationships with foreign agencies and their concerns about the injuries that might result from disclosure of the information. This evidence was similar to that in the public affidavits.

[43] Counsel for the Attorney General then took each *ex parte* witness to the documents contained in the 23 binders. The witnesses were asked to describe each item of redacted information and explain why it was considered necessary to protect it from disclosure. As each page containing redactions was addressed, the paper copy bearing the coloured highlighting was presented to the witness and the Court reviewed the same page. The Court directed questions to the witness, in the nature of cross-examination, to explore and challenge the claims for protection. Where the information was subject to third party express or implied caveats, questions were directed at determining what efforts had been made or continued to be made to seek the consent of the third parties to disclosure. In particular, the witnesses were pressed as to what knowledge they had as to the U.K. proceedings and the evidence publicly disclosed therein. The relevance of the V-codes was also explored.

[44] Approximately 350 of the 506 documents contain what may be described generally as internal administrative information such as the names, telephone or fax numbers of agency employees; internal file numbers; or references to the existence or identities of

*parte*, les portions de chaque document que le procureur général voudrait soustraire à la divulgation sont clairement surlignées, en couleur, dans les pièces déposées auprès de la Cour.

[42] Les affidavits *ex parte* déposés auprès de la Cour indiquent, et classent d'une manière détaillée, la nature des risques de préjudice allégués par le procureur général, en se référant expressément à chacun des documents contenant des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables. Dans leurs dépositions, les témoins entendus à huis clos et *ex parte* ont expliqué davantage les préoccupations en question. Chaque témoin a d'abord exposé de façon générale la nature de l'intérêt de chaque organisme dans les documents soumis à la Cour, ses relations avec les organismes étrangers et ses craintes à propos du préjudice qui pourrait résulter de la divulgation des renseignements. Ces dépositions étaient semblables à celles contenues dans les affidavits publics.

[43] L'avocat du procureur général a alors exposé à chacun des témoins *ex parte* les documents contenus dans les 23 classeurs. Les témoins ont été priés de décrire chacun des renseignements supprimés et d'expliquer pourquoi il avait été jugé nécessaire de le soustraire à la divulgation. À mesure que chaque page contenant des suppressions était considérée, la copie papier portant le surlignage en couleur était présentée aux témoins, et la Cour examinait la même page. La Cour posait des questions au témoin, comme lors d'un contre-interrogatoire, afin d'explorer et de contester les protections réclamées. Lorsque les renseignements étaient sujets à des oppositions de tiers, expresses ou implicites, les questions visaient à déterminer quels moyens avaient été pris ou continuaient d'être pris pour obtenir le consentement des tiers à la divulgation. Plus précisément, les témoins devaient dire ce qu'ils savaient de la procédure engagée au Royaume-Uni et des preuves s'y rapportant qui avaient été rendues publiques. La pertinence des codes V a aussi été explorée.

[44] Environ 350 des 506 documents contiennent ce que l'on pourrait qualifier de façon générale de renseignements administratifs internes, par exemple les noms, numéros de téléphone ou numéros de télécopieur d'employés d'organismes; numéros de dossiers internes;



covert officers in Canada or abroad. As stated by counsel for the respondent at the public hearing on March 30, his client does not seek disclosure of this type of information.

[45] While there is overlap among the claims found in the 506 documents, approximately 260 documents refer to the operational methods and techniques of the agencies and telecommunications systems. References to human sources (other than material witnesses) appear in at least eight documents. These are also categories of information for which counsel for the respondent indicated that his client did not seek disclosure.

[46] Ongoing investigations into targets or persons of interest other than the respondent are the subject of information contained in 138 of the documents for which the Attorney General seeks protection. Approximately 140 documents related to information received in confidence from foreign third parties or to their involvement in the investigation, some of which was inadvertently disclosed as part of the disclosure process. This included, for example, references to the names and positions of officials who corresponded with the RCMP during the course of their investigation and footers in documents indicating to whom the content of the information was being released and that it was subject to originator control. Much of this information is innocuous, indeed banal, but forms part of documents subject to caveats permitting further disclosure solely on consent. I expect that the name of the U.S. Legal Attaché in Ottawa at the relevant time is within the public domain. It is difficult to understand how disclosure of his name would cause injury but where the name and office appears as part of a document, the entire contents are subject to such caveats. Disclosure of this information would not, in any event, assist the respondent.

#### The United Kingdom information

[47] Some of the confidential information received was provided by U.K. intelligence and law enforcement

ou mentions de l'existence ou des identités d'agents secrets, au Canada ou à l'étranger. Comme l'a dit l'avocat du défendeur lors de l'audience publique du 30 mars, son client ne demande pas la divulgation de ce genre de renseignements.

[45] Il y a un chevauchement des prétentions constatées dans les 506 documents, mais environ 260 documents parlent des méthodes et techniques opérationnelles des organismes et réseaux de télécommunications. Des mentions de sources humaines (autres que les témoins importants) apparaissent dans au moins huit documents. Ce sont là également des catégories de renseignements dont l'avocat du défendeur a dit que son client ne demandait pas la divulgation.

[46] Des enquêtes en cours portant sur des cibles ou des personnes d'intérêt autres que le défendeur font l'objet de renseignements contenus dans 138 des documents dont le procureur général sollicite la protection. Environ 140 documents se rapportaient à des renseignements reçus à titre confidentiel de tiers étrangers, ou à leur rôle dans l'enquête, renseignements dont certains ont été par inadvertance divulgués au cours du processus de communication de la preuve. Il s'agissait par exemple de mentions des noms et qualités de fonctionnaires qui correspondaient avec la GRC durant leur enquête, et de notes en bas de page, dans les documents, indiquant à qui étaient communiqués les renseignements et précisant que les renseignements étaient subordonnés au droit de regard de la source. Bon nombre de ces renseignements sont anodins, voire banals, mais font partie de documents assortis de restrictions n'autorisant une divulgation complémentaire que moyennant consentement. Je suppose que le nom de l'attaché juridique des États-Unis à Ottawa à l'époque pertinente fait partie du domaine public. Il est difficile de comprendre en quoi la divulgation de son nom pourrait causer un préjudice, mais, lorsque le nom et le poste apparaissent dans un document, le contenu tout entier est sujet à de telles restrictions. La divulgation de ces renseignements n'aiderait pas de toute façon le défendeur.

#### Les renseignements venant du Royaume-Uni

[47] Certains des renseignements confidentiels reçus ont été fournis par des forces de l'ordre et des

agencies. As noted above, much of the evidence which the Crown will seek to introduce at the trial of the respondent was collected in Britain. My understanding is that this evidence has been fully disclosed to the respondent. Some of the evidence tendered by the prosecution in the Crevice trial was the subject of an evidentiary exclusion order and a publication ban imposed in the U.K. trial.

[48] A certified copy of the U.K. exclusion order and publication ban was filed in evidence by the applicant. The ruling was issued on Friday, January 13, 2006, and concerned the admissibility of evidence identifying persons (Mohammed Siddique Khan and Shehzad Tanweer) who were alleged to have associated with some of the Crevice defendants on occasions during 2003 and 2004. The two named individuals were, it is alleged, two of those involved in the bombings of the London underground system on July 7, 2005. The evidence, sought to be adduced by the prosecution, was excluded on the grounds that it was not probative of a fact in issue in the trial. The U.K. publication ban has now been lifted by the trial judge and the information which it covered is now public knowledge.

[49] The most significant document within the information received from the U.K. authorities which the Attorney General seeks to protect in these proceedings is an intelligence report. Evidence was received *ex parte* and *in camera* that the originating agency was asked whether the information could be disclosed in the present proceedings or had been disclosed in the Crevice trial. The foreign agency's response, on record in the Court file, was that there is no consent to disclose and further, that the report had not been disclosed in the Crevice trial. These inquiries were initially made when the section 38 application was being prepared in October, 2006, and repeated, at the Court's direction, during the March hearings.

organismes de renseignement du Royaume-Uni. Comme je l'ai dit plus haut, bon nombre des preuves que la Couronne voudra produire au procès du défendeur ont été recueillies en Grande-Bretagne. Je crois comprendre que ces preuves ont été intégralement communiquées au défendeur. Certaines des preuves produites par la poursuite dans le procès Crevice faisaient l'objet d'une ordonnance d'exclusion de la preuve et d'une ordonnance de non-publication rendues lors du procès tenu au Royaume-Uni.

[48] Des copies certifiées conformes de l'ordonnance d'exclusion et de l'ordonnance de non-publication rendues au Royaume-Uni ont été produites en preuve par le demandeur. La décision, prononcée le vendredi 13 janvier 2006, concernait la recevabilité de preuves identifiant des personnes (Mohammed Siddique Khan et Shehzad Tanweer) qui auraient été en relation avec certains des défendeurs au procès Crevice à quelques reprises durant 2003 et 2004. Les deux individus nommément désignés étaient, affirme-t-on, deux de ceux qui avaient été mêlés aux attentats à la bombe commis le 7 juillet 2005 dans le métro de Londres. Les preuves que voulait produire le ministère public ont été exclues au motif qu'elles ne prouvaient pas un fait en cause dans le procès. L'ordonnance de non-publication rendue au Royaume-Uni a depuis été annulée par le juge de première instance et les renseignements auxquels elle s'appliquait sont maintenant de notoriété publique.

[49] Le document le plus important parmi les renseignements reçus des autorités britanniques que le procureur général cherche à protéger dans la présente instance est un rapport de renseignement. Une preuve a été produite *ex parte* et à huis clos selon laquelle l'organisme dont il émane a été prié de dire si les renseignements pouvaient être divulgués dans la présente instance ou s'ils avaient été divulgués dans le procès Crevice. La réponse de l'organisme étranger, consignée dans le dossier de la Cour, était qu'il n'y avait aucun consentement à divulgation et aussi que le rapport n'avait pas été divulgué dans le procès Crevice. Ces questions ont été posées à l'origine quand la demande présentée en vertu de l'article 38 était en cours de préparation en octobre 2006 et ont été répétées, sur l'ordre de la Cour, durant les audiences de mars.

[50] From my review of the material, this information is not evidence that will be used against the accused, nor does it go to exculpate him or to undermine the Crown's case.

#### The FBI interviews of Mohammed Junaid Babar

[51] A large proportion of the substantive third party information which the Attorney General seeks to protect in these proceedings is contained in a series of reports of interviews with Mohammed Junaid Babar conducted by FBI [Federal Bureau of Investigation] agents in New York City following his return to the U.S. in March 2004. He was initially picked up as a material witness. These reports were provided to the RCMP in the form of "letterhead memoranda" with caveats restricting their further use or distribution without the express consent of the FBI. They appear, repetitively, in about 20 of the documents in the 23 binders as copies or prints of electronic versions of the originals and there is frequent reference to their content in other documents.

[52] Mr. Babar is a U.S. citizen of Pakistan origin. He is alleged to have met members of the Crevice conspiracy in Pakistan and the U.K. Mr. Babar entered into a plea agreement with the U.S. Attorney for the Southern District of New York in June 2004 and subsequently pleaded guilty to five terrorism related charges including "conspiracy to provide material support or resources" to Al-Qaida. He testified in the U.K. trial under immunity and is expected to testify against the respondent.

[53] The reports of the FBI interviews with Mr. Mr. Babar in the letterhead memoranda do not consist of verbatim transcripts nor are they the actual notes taken by the agents during the interviews. Rather they appear to be abstracts of the agents' notes.

[54] In preparation for the respondent's trial, the RCMP requested that the FBI declassify and release the

[50] Après examen des documents, je suis d'avis que ces renseignements ne sont pas des preuves qui seront utilisées contre l'accusé, ni n'ont pour effet de l'absoudre ou de compromettre les arguments de la Couronne.

#### Les entrevues de Mohammed Junaid Babar menées par le FBI

[51] Une bonne partie des renseignements matériels de tiers dont le procureur général demande la protection dans la présente instance se trouve dans une série de comptes rendus d'entrevues qui furent menées avec Mohammed Junaid Babar par des agents du FBI [Federal Bureau of Investigation] à New York après son retour aux États-Unis en mars 2004. Il a d'abord été arrêté comme témoin important. Ces comptes rendus ont été remis à la GRC sous la forme de « mémoranda avec en-tête », assortis de restrictions interdisant qu'ils soient davantage utilisés ou distribués sans l'assentiment explicite du FBI. Ils apparaissent, d'une manière répétitive, dans une vingtaine des documents insérés dans les 23 classeurs, comme copies ou imprimés de versions électroniques des originaux, et il est fréquemment fait référence à leur contenu dans d'autres documents.

[52] M. Babar est un citoyen des États-Unis d'origine pakistanaise. Il aurait rencontré des membres de l'association de malfaiteurs Crevice au Pakistan et au Royaume-Uni. M. Babar a conclu un accord de plaider avec le procureur du district sud de l'État de New York, aux États-Unis, en juin 2004, puis a ensuite plaidé coupable à cinq accusations de terrorisme, notamment celle de « complot visant à apporter un soutien matériel ou financier » à Al-Qaida. Il a témoigné sous immunité dans le procès tenu au Royaume-Uni et il est prévu qu'il témoignera contre le défendeur.

[53] Les comptes rendus des entrevues du FBI avec M. Babar dans les mémoranda à en-tête ne sont pas des transcriptions mot pour mot et ne sont pas non plus les notes véritables prises par les agents durant les entrevues. Il s'agirait plutôt de résumés des notes des agents.

[54] En prévision du procès du défendeur, la GRC a prié le FBI de déclassifier les comptes rendus d'entrevue

interview reports. The FBI declined to do so on the grounds that the documents contain information relating to ongoing operational issues. It is clear from the material itself that the FBI agents who interviewed Mr. Babar were interested in obtaining information about other matters that could possibly pose a threat to U.S. security which Mr. Babar may have learned about during his travels, beyond those related to Crevice. Information of that nature is not material to the case against the respondent.

[55] The FBI reviewed all of the information they had obtained from Mr. Babar prior to June 2006 and provided an unclassified 99-page document that is found as document 6883 in the binders. That document has been disclosed to counsel for the respondent. I have carefully reviewed it and compared it to the FBI's letterhead memoranda containing the reports of the interviews in the 23 binders. During the *ex parte* hearings I closely examined an RCMP witness with regard to the accuracy of the document and at my request, an exhibit was filed with the Court identifying the differences between the unclassified document and the interview reports. Those differences are not, in my view, material to the respondent's case.

[56] The materials also contain the statement taken from Mr. Babar by two RCMP officers and a member of the Metropolitan Police [of London] on March 14, 2005. That statement has been disclosed to the respondent in its entirety and is found in document 2046. The Attorney General seeks to protect just two lines of that 67-page document which refer to the subject of an ongoing investigation. Those two lines will not assist the respondent.

[57] Other information of significance contained in the 23 binders relating to Mr. Babar concerns the plea agreement he entered into with the U.S. authorities. The formal agreement is set out in a letter to his attorney dated May 28, 2004, from the office of the United States Attorney for the Southern District of New York. That letter was entirely redacted in document 1676 served on the respondent in these proceedings. At the Court's

et de les communiquer. Le FBI a refusé au motif que les documents contiennent des renseignements qui touchent des questions opérationnelles en cours. Il ressort clairement des documents eux-mêmes que les agents du FBI qui ont interrogé M. Babar voulaient obtenir des renseignements sur d'autres affaires qui pouvaient constituer une menace pour la sécurité des États-Unis et dont M. Babar avaient pu être mis au courant durant ses déplacements, au-delà de ceux qui intéressaient le complot Crevice. Les renseignements de cette nature ne sont pas essentiels pour la procédure engagée contre le défendeur.

[55] Le FBI a passé en revue tous les renseignements qu'il avait obtenus de M. Babar avant juin 2006 et a fourni un document non classifié de 99 pages qui dans les classeurs est le document 6883. Ce document a été communiqué à l'avocat du défendeur. Je l'ai examiné attentivement et je l'ai comparé aux mémoranda avec en-tête du FBI renfermant les comptes rendus des entrevues, dans les 23 classeurs. Au cours des audiences *ex parte*, j'ai interrogé de près un témoin de la GRC sur l'exactitude du document et, à ma demande, une pièce a été déposée auprès de la Cour, qui indiquait les divergences entre le document non classifié et les comptes rendus des entrevues. Selon moi, ces divergences ne tirent pas à conséquence dans le cas du défendeur.

[56] Les documents contiennent aussi la déclaration obtenue de M. Babar par deux agents de la GRC et par un agent de la police de Londres le 14 mars 2005. Cette déclaration a été communiquée au défendeur dans son intégralité et se trouve dans le document 2046. Le procureur général demande seulement que soient protégées deux lignes de ce document de 67 pages, qui parlent de l'objet d'une enquête en cours. Les deux lignes en question n'aideront pas le défendeur.

[57] D'autres renseignements d'importance contenus dans les 23 classeurs et se rapportant à M. Babar concernent l'accord de plaider qu'il a conclu avec les autorités des États-Unis. L'accord officiel apparaît dans la lettre du 28 mai 2004 adressée à son avocat par le cabinet du procureur des États-Unis pour le district sud de l'État de New York. Cette lettre a été totalement supprimée du document 1676 signifié au défendeur dans

direction, a further inquiry was made concerning the position of the U.S. authorities with respect to this document and they have consented to its release. The transcript of Mr. Babar's pleas before the U.S. District Court on June 3, 2004, was initially sealed by order of that Court. That order was subsequently rescinded. The transcript of his arraignment and pleas has been disclosed to the respondent. Mr. Babar is to be sentenced by the District Court following the completion of his testimony in the U.K. and Canadian proceedings.

#### LEGISLATIVE FRAMEWORK

[58] Subsections 38.01(1) and 38.02(1), and sections 38.04 and 38.06 of the Act are of particular relevance to the present application. They state the following:

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

...

**38.02** (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

...

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an

la présente instance. À la requête de la Cour, une autre demande a été faite concernant la position des autorités des États-Unis au regard de ce document, et les autorités en question ont consenti à sa divulgation. La transcription des plaidoyers de M. Babar devant la Cour de district des États-Unis le 3 juin 2004 a d'abord été déclarée confidentielle par ordonnance de cette cour de district. Cette ordonnance a ensuite été annulée. La transcription de sa mise en accusation et de ses plaidoyers a été communiquée au défendeur. La peine imposée à M. Babar sera prononcée par la Cour de district après qu'il aura témoigné dans les procédures engagées au Royaume-Uni et au Canada.

#### CADRE LÉGISLATIF

[58] Les paragraphes 38.01(1) et 38.02(1), ainsi que les articles 38.04 et 38.06 de la Loi, ont une importance particulière quant à la présente demande. Ces dispositions prévoient ce qui suit :

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

[...]

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

[...]

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le

agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.

(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou assorti de conditions son autorisation de divulgation :

a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne—à l'exclusion d'un témoin—qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada—et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

(6) After the Federal Court is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,

(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information or disclosure of the facts or information subject to conditions; and

(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.

(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.

...

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

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

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

(6) Après la saisine de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

[...]

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

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

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

#### THE ISSUES TO BE DETERMINED

[59] The issues to be determined are as follows:

(1) what is the appropriate test to apply under subsection 38.06(2) of the Act?;

(2) whether the right to make full answer and defence is applicable in a section 38 proceeding;

(3) what, if any, effect the inadvertent disclosure of some of the information before the Court should have on the issuance of an order that this information not be further disclosed;

(4) whether the Court should confirm the prohibition of disclosure, pursuant to subsection 38.06(3) of the Act, in the present case.

#### DISCUSSION

(i) What is the appropriate test to apply under subsection 38.06(2) of the Act?

[60] The parties are in agreement that the Federal Court must engage in a three-step process in assessing

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié—même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité—et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

#### LES QUESTIONS EN LITIGE

[59] Les questions en litige sont les suivantes :

1) Quel critère faut-il appliquer au paragraphe 38.06(2) de la Loi?

2) Le droit de présenter une défense pleine et entière est-il applicable dans une instance introduite en vertu de l'article 38?

3) Quel effet, le cas échéant, la divulgation par inadvertance de certains des renseignements soumis à la Cour devrait-elle avoir sur le prononcé d'une ordonnance interdisant une divulgation supplémentaire de ceux-ci?

4) La Cour doit-elle confirmer en l'espèce l'interdiction de divulgation en vertu du paragraphe 38.06(3) de la Loi?

#### DISCUSSION

i) Quel critère faut-il appliquer au paragraphe 38.06(2) de la Loi?

[60] Les parties s'accordent à dire que la Cour fédérale doit suivre un processus comportant trois étapes



whether it should make an order pursuant to section 38.06 of the Act, as was set out by the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraphs 17-21 (*Ribic*). The parties are also in general agreement with respect to the nature and onus set out by the Federal Court of Appeal with respect to the first two stages of the test. They differ however on what exactly should be considered by the Court in the context of the third stage of the test.

[61] In *Ribic*, the Federal Court of Appeal made it clear that a section 38.04 application is not a judicial review, it is one in which the judge is required to make an initial determination as to whether or not the statutory ban ought to be confirmed or not.

[62] The first step is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the *Stinchcombe* rule, that is to say whether the information at issue may reasonably be useful to the defence: *Ribic*, above, at paragraph 17; see also *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paragraph 30; *Stinchcombe*, above, at paragraph 22. This is a low threshold; however the step remains necessary because if the information is not relevant, there is no need to go any further. This step generally involves an inspection or examination of the information at issue in light of this purpose, the onus being on the party seeking disclosure to meet this stage of the test: *Ribic*, above, at paragraph 17.

[63] The second step is the determination of whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security, the three grounds listed in section 38.06 of the Act. This step involves an examination of the information at issue with these purposes in mind, the ultimate goal being to assess whether or not injury will result from disclosure.

[64] It is not the role of the judge at this stage of the test to second-guess or substitute his or her opinion for

pour savoir si elle doit rendre une ordonnance en vertu de l'article 38.06 de la Loi, ainsi que l'enseigne la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), aux paragraphes 17 à 21 (l'arrêt *Ribic*). Les parties s'entendent généralement aussi en ce qui concerne la nature et la charge de la preuve selon ce qu'enseigne la Cour d'appel fédérale au regard des deux premiers volets du critère. Elles divergent d'opinion cependant sur ce qui doit précisément être examiné par la Cour au regard du troisième volet du critère.

[61] Dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel fédérale a précisé que la demande présentée en vertu de l'article 38.04 n'est pas une demande de contrôle judiciaire, c'est une demande sur laquelle le juge doit rendre une décision initiale sur la question de savoir si l'interdiction légale doit ou non être confirmée.

[62] La première étape consiste à dire si les renseignements dont on demande la divulgation sont utiles ou non au sens ordinaire et commun de la jurisprudence *Stinchcombe*, c'est-à-dire si les renseignements en cause peuvent raisonnablement être utiles à la défense : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 17; voir aussi l'arrêt *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au paragraphe 30; arrêt *Stinchcombe*, précité, au paragraphe 22. C'est là un seuil peu élevé; cependant, cette étape est incontournable parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin. Cette étape appelle généralement la revue ou l'examen des renseignements en cause, à la lumière de cet objet, et c'est à la partie qui en demande la divulgation qu'il incombe de répondre à ce volet du critère : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 17.

[63] La deuxième étape consiste à dire si la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, les trois motifs énumérés dans l'article 38.06 de la Loi. Cette étape appelle l'examen des renseignements en cause, avec ces objets à l'esprit, le but ultime étant de constater si un préjudice résultera ou non de leur divulgation.

[64] Il n'appartient pas au juge, à ce stade du critère, de se pencher sur le bien-fondé de l'opinion du pouvoir

that of the executive. As was highlighted by the Federal Court of Appeal in *Ribic*, at paragraph 19, the Attorney General's submissions regarding "his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1) . . . , whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury." This is in light of the Attorney General's protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public.

[65] That being said, "[t]he burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis": *Ribic*, above, at paragraph 20. In determining whether this onus has been met, the judge must consider the submissions of the parties and their supporting evidence. The judge must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Ribic*, above, at paragraph 18, citing *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at page 895. A mere assertion of injury is therefore not enough.

[66] As was noted by the applicant, this step of the test is assessed on a reasonableness standard. As was set out by the Federal Court of Appeal in *Ribic*, at paragraph 19, if the assessment of the Attorney General "is reasonable, the judge should accept it." As is stipulated by subsection 38.06(1), "[u]nless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information" (emphasis mine). Where a judge finds that disclosure would result in injury, he or she must move on to the third and final stage of the inquiry.

[67] The third step consists of determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, and it is the party seeking disclosure that bears the burden of proving that

exécutif ou d'y substituer sa propre opinion. Comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 19, les conclusions du procureur général concernant « son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir accorder un poids considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [ . . . ], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé ». S'il en est ainsi, c'est parce que le procureur général exerce un rôle de protection de la sécurité du public.

[65] Cela dit, « [c]'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice » : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 20. Pour savoir si cette obligation a été remplie, le juge doit considérer les arguments des parties et les preuves produites à l'appui. Le juge doit être convaincu que les opinions du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 18, citant l'arrêt *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), à la page 895. Une simple affirmation de préjudice ne suffit donc pas.

[66] Comme l'a indiqué le demandeur, ce volet du critère est apprécié selon la norme de la décision raisonnable. Ainsi que l'observait la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 19, si l'évaluation que fait du préjudice le procureur général « est raisonnable, le juge doit l'accepter ». Comme le prévoit le paragraphe 38.06(1), « [l]e juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » (c'est moi qui souligne). Si le juge estime que la divulgation donnerait lieu à un préjudice, il doit alors passer à la troisième et dernière étape de l'enquête.

[67] La troisième étape consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, et c'est à la partie qui demande la

the public interest scale is tipped in its favour: *Ribic*, above, at paragraph 21.

[68] In order to properly balance these competing public interests, it is clear that a more stringent test than relevancy is required: *Ribic*, above, at paragraph 22. As noted by the Federal Court of Appeal, if the courts were to endorse a philosophy of general disclosure based on mere relevancy, this would “only lead to and incite fishing expeditions”: *Ribic*, above, at paragraph 13.

[69] The applicant asserts that at this stage of the test, the information should not be disclosed unless the respondent can demonstrate that the information has a direct bearing on his ability to demonstrate in his criminal trial that his innocence is at stake. The applicant argues that the discussion of informer privilege by the Supreme Court of Canada in *R v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281 (*Leipert*), and its discussion of solicitor-client privilege in *R v. Brown*, [2002] 2 S.C.R. 185 (*Brown*) provide a sound policy basis for applying the same approach to the protection of state secrets.

[70] The applicant further highlights that the Federal Court of Appeal in *Ribic*, at paragraph 26, noted that there was “certainly a very important feature of the informer and the State secrecy privileges that is common to both. The informer privilege’s purpose is to protect the safety and the security of the informer: part of the State secrecy privilege invoked in the case at bar aims at protecting the safety and the security of a whole nation.” The Federal Court of Appeal went on to note, at paragraph 27:

Be that as it may, it is not necessary in this case to determine whether the more stringent test developed in criminal law should apply although, in view of the important feature common to both privileges, I would be inclined to apply that test at least in respect of matters affecting national security or national defence. I am also sensitive to, and cannot ignore, the fact that prejudice to international relations may be of such a nature and magnitude as to compromise national security or defence.

divulgarion des renseignements qu’il revient d’apporter la preuve que l’intérêt public milite en sa faveur : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 21.

[68] Pour bien mettre en balance ces intérêts publics contradictoires, il est clair qu’un critère plus rigoureux que celui de la pertinence est requis : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 22. Comme l’observait la Cour d’appel fédérale, si les tribunaux devaient entériner le principe de divulgation générale en se fondant sur la seule pertinence des renseignements, cela ne pourrait « qu’entraîner et encourager des enquêtes à l’aveuglette » : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 13.

[69] Le demandeur soutient que, à ce stade du critère, les renseignements ne doivent pas être divulgués, à moins que le défendeur ne puisse prouver qu’ils touchent directement sa capacité à établir, dans son procès pénal, que la démonstration de son innocence est en jeu. Le demandeur fait valoir que les observations de la Cour suprême du Canada sur le privilège relatif aux indicateurs de police, dans l’arrêt *R c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281 (l’arrêt *Leipert*), ainsi que ses observations sur le privilège du secret professionnel de l’avocat, dans l’arrêt *R c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185 (l’arrêt *Brown*) constituent un solide fondement justifiant la même approche en matière de protection des secrets d’État.

[70] Le demandeur souligne aussi que, dans l’arrêt *Ribic*, au paragraphe 26, la Cour d’appel fédérale a dit qu’« [i]l y a certainement, dans le privilège relatif aux indicateurs de police et dans le privilège relatif aux secrets d’État, un aspect très important qui est commun aux deux privilèges. L’objet du privilège des indicateurs de police est de préserver la sécurité de l’indicateur : une partie du privilège de l’État invoqué ici vise à préserver la sécurité de toute une nation ». Puis la Cour d’appel fédérale poursuivait ainsi, au paragraphe 27 :

Quoi qu’il en soit, il n’est pas nécessaire ici de dire si le critère plus rigoureux élaboré en droit criminel devrait s’appliquer, bien que, vu l’importante caractéristique commune aux deux privilèges, j’incline à appliquer ce critère, du moins en ce qui concerne les aspects intéressant la sécurité nationale ou la défense nationale. Je reconnais aussi, et ne puis ignorer, le fait que le préjudice pour les relations internationales peut présenter un caractère et une ampleur de nature à mettre en péril la sécurité nationale ou la défense nationale.

The Federal Court of Appeal concluded that since the trial Judge had apparently applied the test developed in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470 (*Hijos*), namely whether the information sought would establish a fact crucial to the case of the party seeking it, it would also apply this test as it was more favourable to the accused: *Ribic*, above, at paragraphs 27 and 41.

[71] The applicant asserts on this basis that the “innocence at stake” test should be applied in the present case under the balancing stage of the test, or in the alternative, that the information should not be disclosed unless the respondent can demonstrate to the satisfaction of the Court that it will establish a fact crucial to the respondent’s case.

[72] The respondent asserts, and correctly so, that the comments made by the Federal Court of Appeal in *Ribic* that support limiting disclosure to the “innocence at stake” exception were made in *obiter*. The respondent argues that if this approach was applied it would place an impossible burden on the accused, particularly in light of the fact that much of the Attorney General’s submissions and evidence have been tendered *ex parte*.

[73] The respondent argues further that the “probably establish a fact crucial to the defence” test formulated by Rothstein J. [as he then was] in *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316 (T.D.) (*Khan*) is a reasonable compromise between the *Stinchcombe* standard of relevancy rejected as too low by the Federal Court of Appeal in *Ribic*, and the “innocence at stake” exception.

[74] The respondent further highlights however that this is but one factor that should be considered in balancing the relative public interests under the third step of the test. As is set out at paragraph 26 of *Khan*, “[i]n assessing whether an apparent case for disclosure

La Cour d’appel fédérale concluait que, puisque le juge de première instance avait semble-t-il appliqué le critère discuté dans l’affaire civile *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470 (l’arrêt *Hijos*), qui concerne le point de savoir si les renseignements demandés sont susceptibles d’établir un fait crucial pour les arguments de la partie qui les demande, elle appliquerait elle aussi ce critère étant donné qu’il était plus favorable à l’accusé : arrêt *Ribic*, précité, aux paragraphes 27 et 41.

[71] Le demandeur soutient donc que le critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé doit être appliqué ici, suivant le critère relatif à la mise en balance des intérêts publics contradictoires, ou, subsidiairement, que les renseignements ne doivent pas être divulgués, à moins que le défendeur ne puisse prouver, à la satisfaction de la Cour, qu’ils établiront un fait crucial à l’appui de sa thèse.

[72] Le défendeur affirme, et à juste titre, que les observations de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Ribic*, qui favorisent une limitation de la divulgation à l’exception concernant la « démonstration de l’innocence de l’accusé » étaient des remarques incidentes. Il fait valoir que, si cette approche était appliquée, elle imposerait à l’accusé un fardeau insurmontable, d’autant que nombre des arguments et preuves présentés par le procureur général l’ont été *ex parte*.

[73] Le défendeur soutient aussi que le critère formulé par le juge Rothstein [tel était alors son titre] dans la décision *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1<sup>re</sup> inst.) (la décision *Khan*), c’est-à-dire la question de savoir si « un fait crucial pour la défense sera ainsi probablement établi », est un compromis raisonnable entre la norme de la pertinence, jurisprudence *Stinchcombe*, rejetée comme norme trop faible par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Ribic*, et l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé.

[74] Le défendeur souligne aussi cependant que ce n’est là que l’un des facteurs qui doivent être pris en compte dans la mise en balance des intérêts publics relevant du troisième volet du critère. Comme on peut le lire au paragraphe 26 de la décision *Khan*, « [p]our

has been made out, the following factors have been considered”:

- (a) The nature of the public interest sought to be protected by confidentiality; . . .
- (b) Whether the evidence in question will “probably establish a fact crucial to the defence”; . . .
- (c) The seriousness of the charge or issues involved; . . .
- (d) The admissibility of the documentation and the usefulness of it; . . .
- (e) Whether the [party seeking disclosure] have established that there are no other reasonable ways of obtaining the information; . . .
- (f) Whether the disclosures sought amount to general discovery or a fishing expedition. . . . [Citations removed.]

[75] The respondent is correct in this assertion. Though the second factor was found to have played a significant role in the context of the *Hijos* case, the Federal Court of Appeal in that case cited the above passage from *Khan*, recognizing that multiple factors can be taken into consideration by the Court in conducting its balancing analysis. The question then is whether this is in fact the correct approach to apply at the third stage of the section 38.06 assessment.

[76] The Federal Court of Appeal in *Ribic* recognized that, as a general rule, “a person charged with a criminal offence enjoys a qualified right to disclosure of all information relevant to his or her defence” as this right is subject to the “Crown’s discretion and the law and rules of privilege” as set out in *Stinchcombe: Ribic*, above, at paragraph 14. The Federal Court of Appeal went on to note that “[w]here the information to be disclosed or sought to be obtained is sensitive information, a State privilege to confidentiality and secrecy is triggered and section 38 of the Act establishes the procedure by which the privilege is to be exercised and ultimately secured” (Emphasis mine), referring later to the concept of “State secrecy privilege.”

déterminer si on a établi une preuve apparente en faveur de la divulgation, on a pris en considération les facteurs suivants » :

- a) La nature de l’intérêt public que l’on tente de protéger par le secret; [. . .]
- b) La question de savoir si « un fait crucial pour la défense sera probablement ainsi établi »; [. . .]
- c) La gravité de l’accusation ou des questions concernées; [. . .]
- d) L’admissibilité des documents et leur utilité; [. . .]
- e) La question de savoir si les [parties qui demandent la divulgation] ont établi qu’il n’existe pas d’autres moyens raisonnables d’obtenir les renseignements; [. . .]
- f) La question de savoir si les demandes de divulgation de renseignements visent la communication de certains documents ou constituent des interrogatoires à l’aveuglette [. . .] [Références omises.]

[75] Cette observation du défendeur est correcte. La Cour d’appel fédérale a jugé, dans l’arrêt *Hijos*, que le second facteur jouait un rôle important, mais elle s’est référée dans cette affaire au passage de la décision *Khan* reproduit ci-dessus, reconnaissant que la Cour peut prendre en compte une multiplicité de facteurs lorsqu’elle met en balance des intérêts publics contradictoires. Il faut alors se demander si c’est là en fait la bonne approche à adopter au troisième stade de l’évaluation selon l’article 38.06.

[76] Dans l’arrêt *Ribic*, la Cour d’appel fédérale a reconnu que, en règle générale, la « personne accusée d’une infraction criminelle n’a pas un droit illimité à la divulgation de tous les renseignements intéressant sa défense », car ce droit est subordonné « au pouvoir discrétionnaire de la Couronne ainsi qu’au droit et aux règles qui régissent le privilège », comme il est indiqué dans l’arrêt *Stinchcombe : arrêt Ribic*, précité, au paragraphe 14. Puis la Cour d’appel fédérale a relevé que « [l]orsque les renseignements qui seront divulgués ou que l’on cherche à obtenir sont des renseignements sensibles, l’État peut invoquer le privilège de la confidentialité et du secret, et l’article 38 de la Loi établit la méthode par laquelle le privilège sera exercé et

[77] This concept has however been more commonly referred to as “Crown privilege” or “public interest immunity”, see for example: D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence*, 4th ed. (Toronto: Irwin Law, 2005) chapter 7, section 7 [also available on QL at database PASE]; Hamish Stewart, editor, *Evidence: A Canadian Casebook*, 2nd ed. (Toronto: Emond Montgomery, 2006), at page 817; Alan W. Mewett, “State Secrets in Canada” (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 358, at page 359. For example, in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 653 (*Carey*), the leading common-law decision dealing with Crown privilege, the Supreme Court found that it was “more properly called a public interest immunity”.

[78] *Carey* represents a modern departure from the historical approach of the common law wherein the need for government secrecy had been seen as paramount. The Supreme Court found in particular, at page 673:

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts. As Lord Keith of Kinkel noted in the *Burmah Oil* case, *supra*, at p. 725, it has a bearing on the perception of the litigant and the public on whether justice has been done.

[79] Having developed in the context of the common law, it is also generally accepted that public interest immunity in proceedings under federal jurisdiction is now governed by sections 37 through 38.16 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act: Hamish Stewart, above, at page 818.

[80] As noted above, the applicant has argued that the Court should apply the “innocence at stake” exception as the only exception to a claim of public interest immunity in the context of the balancing portion of the test under section 38.06, arguing that the principles

finalement reconnu » (non souligné dans l’original), pour évoquer plus loin la notion de « privilège relatif aux secrets d’État ».

[77] Cette notion est cependant plus communément appelée « privilège de la Couronne » ou « immunité d’intérêt public ». Voir par exemple : D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence*, 4<sup>e</sup> édition (Toronto : Irwin Law, 2005), chapitre 7, section 7 [aussi disponible sur QL à la banque de données PASE]; Hamish Stewart, éditeur, *Evidence : A Canadian Casebook*, 2<sup>e</sup> édition (Toronto : Emond Montgomery, 2006), à la page 817; Alan W. Mewett, « State Secrets in Canada » (1985), 63 *R. du B. can.* 358, à la page 359. Par exemple, dans l’arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la page 653 (l’arrêt *Carey*), la principale décision de common law concernant le privilège de la Couronne, la Cour suprême a conclu qu’il s’agissait « plus exactement d’une immunité d’intérêt public ».

[78] L’arrêt *Carey* constitue une déviation récente de l’approche traditionnelle adoptée par la common law, pour laquelle la nécessité du secret des délibérations du gouvernement était vue comme primordiale. La Cour suprême a conclu, à la page 673 :

La divulgation est d’autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l’administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux. Comme l’a souligné lord Keith of Kinkel dans l’arrêt *Burmah Oil*, précité, à la p. 725, elle a un effet sur la perception du justiciable et du public que justice a été faite.

[79] S’étant développée dans le contexte de la common law, il est généralement admis aussi que l’immunité d’intérêt public dans les procédures relevant de la compétence fédérale est aujourd’hui encadrée par les articles 37 à 38.16 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi : Hamish Stewart, précité, à la page 818.

[80] Comme je l’ai dit plus haut, le demandeur a fait valoir que la Cour doit appliquer l’exception relative à la démonstration de l’innocence de l’accusé uniquement à une demande d’immunité d’intérêt public dans le contexte de la portion du critère relative à la mise en

announced by the Supreme Court in *Leipert* with respect to informer privilege, and in *Brown* with respect to solicitor-client privilege, provide ample support for this approach. Though there are clearly similarities between these concepts, this is not enough to find that the same approach should be applied.

[81] Informer privilege was developed to protect citizens who assist in law enforcement and to encourage others to do the same, it has been described as a rule of fundamental importance to the criminal justice system. It is precisely because of this importance that it has been found that it cannot be balanced against other interests, it is subject only to the “innocence at stake” exception: *Leipert*, above, at paragraphs 9-14 and 20.

[82] In *Leipert*, above, at paragraph 12, the Supreme Court went on to differentiate between the nature of informer privilege and other kinds of privilege as follows: “Informer privilege is of such importance that once found, courts are not entitled to balance the benefit enuring from the privilege against countervailing considerations, as is the case, for example, with Crown privilege or privileges based on Wigmore’s four-part test” (emphasis mine). The Supreme Court pointed to its earlier decision in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60 wherein it was recognized that although informer’s privilege and Crown privilege have several points in common, they were distinct concepts. In the case of Crown privilege, the Supreme Court noted [at page 97] that the common law allowed a member of the executive to make the initial decision, but also empowered the judge to review the information and in the last resort to revise the decision by weighing the two conflicting interests “that of maintaining secrecy and that of doing justice”. In the case of informer privilege, the Supreme Court found there was no scope for such balancing. Once established, neither the police nor the court possessed discretion to abridge it: *Leipert*, above, at paragraph 14.

balance des intérêts publics, dont il est question dans l’article 38.06. Il a soutenu que les principes énoncés par la Cour suprême dans l’arrêt *Leipert* à propos du privilège relatif aux indicateurs de police, et dans l’arrêt *Brown* à propos du privilège du secret professionnel de l’avocat, militent largement en faveur de cette approche. Il y a sans aucun doute des similitudes entre ces notions, mais cela ne suffit pas pour dire que la même approche doit être suivie.

[81] Le privilège relatif aux indicateurs de police visait à protéger les citoyens qui collaborent avec les forces de l’ordre et à encourager les autres à en faire autant, et il a été qualifié de règle revêtant une importance fondamentale pour le fonctionnement du système de justice pénale. C’est précisément à cause de cette importance que l’on a conclu qu’il ne saurait être mis en balance avec d’autres intérêts et qu’il ne souffre qu’une seule exception, celle qui concerne la démonstration de l’innocence de l’accusé : arrêt *Leipert*, précité, aux paragraphes 9 à 14 et 20.

[82] Dans l’arrêt *Leipert*, précité, au paragraphe 12, la Cour suprême a alors formulé la différence suivante entre le privilège relatif aux indicateurs de police et d’autres genres de privilège : « Le privilège relatif aux indicateurs de police revêt une telle importance qu’une fois qu’ils ont conclu à son existence, les tribunaux ne peuvent pas sopeser l’avantage qui en découle en fonction de facteurs compensatoires comme, par exemple, le privilège de la Couronne ou les privilèges fondés sur le critère à quatre volets de Wigmore » (non souligné dans l’original). La Cour suprême signalait l’arrêt antérieur qu’elle avait rendu dans l’affaire *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, où elle avait reconnu que, bien que le privilège relatif aux indicateurs de police et le privilège de la Couronne présentent plusieurs points communs, il s’agissait de notions distinctes. S’agissant du privilège de la Couronne, la Cour suprême a relevé [à la page 97] que la common law autorisait le pouvoir exécutif à prendre la décision initiale, mais qu’elle habilitait aussi le juge à examiner les renseignements et, en dernier ressort, à examiner la décision du ministre en mettant en balance les deux intérêts opposés, « l’intérêt de garder le secret et celui de rendre justice ». S’agissant du privilège relatif aux indicateurs de police, la Cour suprême avait jugé qu’il

[83] The wording of subsection 38.06(2) arguably carries on the common-law tradition characteristic of Crown privilege, allowing a balancing of interests to occur. This was explicitly recognized by my colleague Justice Blanchard in *Ribic v. Canada (Attorney General)* (2003), 250 F.T.R. 161 (F.C.T.D.), in one of two of his decisions that were dealt with in *Ribic* by the Federal Court of Appeal, wherein he described the operation of subsection 38.06(2) as follows, at paragraphs 22-23:

Subsection 38.06(2) of the Act does not specify the test or the factors to be considered in weighing the competing interests nor does the Act contemplate an obvious imbalance between the public interest in national security and the public interest in the administration of justice. I am of the view that the Court may consider different factors in balancing the competing public interests. The breadth of the factors may well vary from case to case.

In the context of a case involving serious criminal charges, as in this case, the issue of whether the information at issue will probably establish a fact crucial to the defence is indeed an important factor to be taken into consideration in the balancing process. Other factors also warrant the Court's consideration such as: the nature of the interest sought to be protected; the admissibility and usefulness of the information; its probative value to an issue at trial; whether the applicant has established that there are no other reasonable ways of obtaining the information; whether the disclosures sought amount to a fishing expedition by the applicant; the seriousness of the charges or issues involved. [See *Jose Pereira E. Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* [2002] F.C.J. No. 1658, 2002 FCA 470, Docket A-3-02 at paras 16 and 17]. These factors, by no means constitute an exhaustive list. Other factors may also require consideration in the appropriate circumstances. It is important, in my view, that each application be dealt with on its own merits. [Emphasis mine.]

[84] Similarly in the civil case *Canada (Attorney General) v. Kempo* (2004), 294 F.T.R. 1 (F.C.), at

n'y avait pas place pour une telle mise en balance. Une fois établie l'existence du privilège, ni la police ni les tribunaux n'avaient le pouvoir discrétionnaire de le restreindre : arrêt *Leipert*, précité, au paragraphe 14.

[83] On pourrait soutenir que le texte du paragraphe 38.06(2) continue la tradition de common law caractéristique du privilège de la Couronne, en autorisant la mise en balance d'intérêts opposés. Ce point de vue a été expressément reconnu par mon collègue le juge Blanchard dans la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, l'une de ses deux décisions qui furent examinées dans l'arrêt *Ribic* de la Cour d'appel fédérale. Dans sa décision, le juge Blanchard, aux paragraphes 22 et 23, a ainsi exposé la teneur du paragraphe 38.06(2) :

Le paragraphe 38.06(2) de la Loi ne précise pas le critère ou les facteurs à prendre en considération lorsqu'il s'agit de soupeser les intérêts opposés; de plus, la Loi n'envisage pas un manque d'équilibre évident entre les raisons d'intérêt public relatives à la sécurité nationale et les raisons d'intérêt public relatives à l'administration de la justice. Je suis d'avis que la Cour peut tenir compte de différents facteurs en soupesant les diverses raisons d'intérêt public. L'étendue des facteurs peut bien varier d'un cas à l'autre.

Dans le contexte d'une affaire portant sur des accusations criminelles graves, comme c'est ici le cas, la question de savoir si les renseignements en question établissent probablement un fait crucial pour la défense est de fait un facteur important à prendre en considération dans le processus de mise en équilibre. D'autres facteurs justifient également l'examen par la Cour de questions telles que la nature de l'intérêt que l'on cherche à protéger; l'admissibilité et l'utilité des renseignements; leur valeur probante en ce qui concerne une question soulevée au procès; la question de savoir si le demandeur a établi qu'il n'existe pas d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements; la question de savoir si, en cherchant à obtenir la divulgation, le demandeur cherche à l'aveuglette des renseignements; la gravité des accusations ou des questions en jeu. [Voir *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)* [2002] A.C.F. n° 1658, 2002 CAF 470, dossier A-3-02, paragraphes 16 et 17]. Cette liste de facteurs n'est aucunement exhaustive. D'autres facteurs peuvent également le cas échéant exiger un examen. À mon avis, il faut examiner chaque demande selon les faits qui lui sont propres. [Non souligné dans l'original.]

[84] De même, au paragraphe 102 de la cause civile *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678,



paragraph 102 (*Kempo*), the above-noted paragraphs were quoted with full support regarding how the balancing factors should be applied. In this case my colleague, Justice François Lemieux, went on to note, at paragraphs 104-108:

The decision which section 38.06(2) calls for in this case is, having already decided the disclosure of the redacted information would injure national security, is whether the importance of the public interest in disclosure outweighs the importance of the public interest in non-disclosure. In other words, of those two competing and legitimate interests, which one predominates, is more important or is paramount.

The case law indicates that this determination of the relative importance of a particular public interest, for example, the public interest in disclosure in civil or criminal litigation which concerns the fair administration of justice will depend upon the particular circumstances of each case.

For example, Chief Justice Thurlow in *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872, at 881, wrote:

In a small claims action its importance might not easily prevail over that of the public interest in national security or international relations. In a criminal prosecution for a capital or other serious offence its importance could weigh very heavily if the information is shown to be of critical importance for the defence or for the prosecution.

In a civil case such as the one before me, the case law instructs me to apply the factors identified in *Hijos S.A.*, *supra*, as endorsed in *Ribic, supra*.

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

[85] As noted by the Supreme Court of Canada in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26 (*Bell ExpressVu*), the modern approach to statutory interpretation is that “there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the

(la décision *Kempo*), les paragraphes susmentionnés ont été cités et approuvés sans réserve quant à l’application des facteurs de mise en balance. Dans cette affaire, mon collègue le juge François Lemieux ajoutait ce qui suit, aux paragraphes 104 à 108 :

J’ai déjà conclu que la divulgation des renseignements supprimés porterait atteinte à la sécurité nationale; la question à laquelle je dois répondre au titre du paragraphe 38.06(2) est donc la suivante : les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent-elles sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation? En d’autres termes, lesquelles sont les plus importantes ou doivent prévaloir?

Selon la jurisprudence, l’appréciation de l’importance relative d’une raison d’intérêt public particulière, par exemple, celle qui réclame la divulgation de renseignements dans le cadre d’un contentieux civil ou pénal, qui se rattache à la bonne administration de la justice, dépend des circonstances de chaque cas.

Par exemple, dans *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872, le juge en chef Thurlow a fait les observations suivantes à la page 881 :

Dans une affaire dont l’enjeu est mineur, il l’emporterait difficilement sur l’intérêt général en matière de sécurité nationale ou de relations internationales. Dans une poursuite au criminel relative à une infraction grave, voire capitale, son importance pourrait devenir considérable s’il était démontré que l’information était essentielle à la défense ou à la poursuite.

Dans une cause civile comme celle dont je suis saisi, selon la jurisprudence, je dois appliquer les facteurs énoncés dans *Hijos S.A.*, précité, avalisés dans *Ribic*, précité.

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

[85] Ainsi que l’a signalé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26 (l’arrêt *Bell ExpressVu*), la méthode moderne d’interprétation des lois est qu’il n’existe qu’un seul principe ou solution : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et

scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” [quoting Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2nd ed.].

[86] I will therefore focus on the purpose and context of section 38, and the ordinary sense of the words employed in the context of section 38.06 to determine whether there is in fact any ambiguity with respect to the approach that should be taken under this provision.

[87] With respect to the purpose of the section 38 provisions, there is no purposive clause included. That being said, as was noted by the Court in *Kempo*, above, at paragraph 33 it is generally accepted that “[t]hese sections create a comprehensive and self-contained scheme” that was established “to protect information that, if it were disclosed, could injure international relations, national defence or national security.”

[88] The Federal Court has further described the “purpose” of section 38 as being “to protect information where disclosure could be injurious to national defence or international relations” and to provide “for judicial oversight of government claims of confidentiality for such information”: *Canada (Director of Military Prosecutions) v. Canada (Court Martial Administrator)*, 2006 FC 1532, at paragraph 56. It has further been noted by the Federal Court of Appeal that “Section 38 of the *Canada Evidence Act* seeks to prevent the public release of information relating to or potentially injurious to national security in the course of a proceeding before a court”: *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142 (F.C.A.), at paragraph 74 (*Almrei*).

[89] It is clear that section 38 is meant to be a complete code that outlines the procedures to be taken when the release of sensitive information that risks injury to international relations, national defence, or national security is at issue. Keeping this purpose in mind, the ordinary sense of the provisions and words must also be considered. In this regard, it is particularly

grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » [citant Driedger, E.A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd.].

[86] Je m’attarderai donc sur l’objet et le contexte de l’article 38 et sur le sens ordinaire des termes employés dans le contexte de l’article 38.06, pour savoir s’il y a réellement une ambiguïté quant à l’approche qui doit être suivie selon cette disposition.

[87] S’agissant de l’objet des dispositions de l’article 38, ce texte ne précise nulle part l’intention du législateur. Cela dit, comme l’observait la Cour au paragraphe 33 de la décision *Kempo*, précitée, il est généralement admis que « [c]es dispositions constituent un régime global et autonome » qui a été établi pour assurer la « protection de renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ».

[88] En outre, la Cour fédérale a ainsi défini l’« objet » de l’article 38 : « protéger les renseignements dont la divulgation est susceptible de porter préjudice à la défense nationale ou aux relations internationales » et faire en sorte que « les prétentions gouvernementales concernant la confidentialité de ces renseignements [soient] soumises à la surveillance des tribunaux » : *Canada (Directeur des poursuites militaires) c. Canada (Administrateur de la cour martiale)*, 2006 CF 1532, au paragraphe 56. Il a aussi été relevé par la Cour d’appel fédérale que « [l]’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour objet d’empêcher, dans le cadre d’une instance, la divulgation de renseignements qui, s’ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter préjudice à la sécurité nationale » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142 (C.A.F.), au paragraphe 74 (l’arrêt *Almrei*).

[89] Il est clair que l’article 38 est censé constituer un code complet de la procédure à suivre lorsque la communication de renseignements sensibles qui risquent de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale est en cause. Gardant cet objet à l’esprit, il faut aussi considérer le sens ordinaire des dispositions et des mots employés.

of note that subsection 38.06(2) specifically provides for the authorization of disclosure of information in the form and under the conditions that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security. This indicates that the release of information in certain circumstances is anticipated by the statutory scheme and that the Court is empowered to assess the degree to which such injury could be limited by the imposition of conditions. As was highlighted in *Khawaja*, above, at paragraph 39, this “flexibility was not written into the version of section 38 which existed prior to the amendments enacted by the *Anti-terrorism Act*.” Subsection 38.06(2) further mandates a balancing of the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure, as evidenced by the use of the term “outweighs.”

[90] Had Parliament intended that there be a presumption of non-disclosure this would have been explicitly included. I would agree with the findings of Justice Blanchard, previously noted above, that “[s]ubsection 38.06(2) of the Act does not specify the test or the factors to be considered in weighing the competing interests, nor does the Act contemplate an obvious imbalance between the public interest in national security and the public interest in the administration of justice.”

[91] As was further recognized in *Ribic*, above, at paragraph 13 by the Federal Court of Appeal, the law as it stands has tasked the Federal Court “with the difficult duty of balancing the competing public interests which, in [that] case, involve the protection of sensitive information and the protection of an accused’s constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial.”

[92] Though a certain level of deference is owed to the decision of the Attorney General not to disclose certain information, as evidenced by the approach that is taken by the Court in the second step of the section 38.06 test outlined above, it is equally clear that

Sur ce point, il est particulièrement intéressant de constater que le paragraphe 38.06(2) prévoit expressément la possibilité d’autoriser la divulgation de renseignements, compte tenu de la forme et des conditions de divulgation qui sont les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou sécurité nationales. Cela montre que la communication de renseignements dans certains cas est prévue par le régime législatif et que la Cour est habilitée à évaluer la mesure dans laquelle un tel préjudice peut être limité par l’imposition de conditions. Comme cela fut souligné dans la décision *Khawaja*, précité, au paragraphe 39, cette « souplesse ne caractérisait pas l’article 38 dans sa version antérieure aux modifications apportées par la *Loi antiterroriste* ». Le paragraphe 38.06(2) impose aussi la mise en balance des raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation et des raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation, ainsi qu’en témoigne l’emploi de l’expression « l’emportent ».

[90] Si le législateur avait penché en faveur de la présomption de non-divulgation, il se serait expressément exprimé en ce sens. Je souscris aux conclusions du juge Blanchard, susmentionnées, selon lesquelles « [l]e paragraphe 38.06(2) de la Loi ne précise pas le critère ou les facteurs à prendre en considération lorsqu’il s’agit de soulever les intérêts opposés; de plus, la Loi n’envisage pas un manque d’équilibre évident entre les raisons d’intérêt public relatives à la sécurité nationale et les raisons d’intérêt public relatives à l’administration de justice »

[91] Comme la Cour d’appel fédérale l’a également reconnu au paragraphe 13 de l’arrêt *Ribic*, précité, la loi, telle qu’elle est formulée, a chargé la Cour fédérale « de la difficile tâche consistant à soulever les intérêts publics rivaux que sont ici la protection de renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d’un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable ».

[92] La décision du procureur général de ne pas divulguer certains renseignements appelle un certain niveau de déférence, ainsi que l’atteste l’approche qui est suivie par la Cour pour le deuxième volet du critère susmentionné de l’article 38.06, mais il est tout aussi

Parliament has tasked the Federal Court with the responsibility of balancing the competing public interests, subject to the override clause found in section 38.13 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]. As was described recently by Chief Justice Lutfy in *Khawaja*, the three-part test set out in *Ribic* in fact “establishes a balanced and nuanced approach to assessing disclosure”: above, at paragraph 46.

[93] Taking all of the above into account, I endorse the approach taken by Justice Blanchard in *Ribic* and Justice Lemieux in *Kempo*. A case-by-case approach is the most appropriate approach to be taken under subsection 38.06(2) when the balancing step of the test is engaged, and the Court is free to consider those factors it deems necessary in the circumstances including but not limited to those noted by the Federal Court of Appeal in *Hijos*, at paragraph 16, citing *Khan*, at paragraph 26.

[94] As was further noted by my colleague Justice Lemieux in *Kempo*, at paragraph 108, there is also no presumed starting point to this analysis, “[i]t is in the application of the factors [that] the scales are tipped one way or another.”

(ii) Whether the right to make full answer and defence is applicable in a section 38 proceeding;

[95] The applicant asserts that the right to make full answer and defence is a criminal-law based right, and that its interplay with the recognized heads of privilege must therefore occur in the criminal context. As section 38 is an evidentiary provision arising ancillary to the main proceeding, these issues are meant to be left for consideration in that context.

[96] To support this argument, the applicant characterizes section 38 as a complete code. In this respect, the applicant notes that section 38.14 [as enacted *idem*] of the Act provides that the “person presiding at a criminal proceeding may make any order

indiscutable que le législateur a investi la Cour fédérale de la tâche consistant à mettre en balance les intérêts publics contradictoires, sous réserve de la clause dérogoire de l’article 38.13 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]. Comme le soulignait récemment le juge en chef Lutfy dans la décision *Khawaja*, le critère en trois volets consacré par la jurisprudence *Ribic* en réalité « vise à établir un mode équilibré et affiné d’évaluation de l’opportunité de communiquer » : décision *Khawaja*, précitée, au paragraphe 46.

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

[94] Comme l’a également fait observer mon collègue le juge Lemieux, au paragraphe 108 de la décision *Kempo*, il n’existe non plus aucun postulat pour une telle analyse, car « [c]’est en appliquant ces facteurs que la balance penche d’un côté ou de l’autre. »

(ii) Le droit de présenter une défense pleine et entière est-il applicable dans une instance introduite en vertu de l’article 38?

[95] Le demandeur soutient que le droit de présenter une défense pleine et entière est un droit qui procède du droit pénal et que son interaction avec les privilèges reconnus doit donc se faire dans le contexte du droit pénal. Comme l’article 38 est une disposition qui porte sur la preuve et qui est accessoire à l’instance principale, ce sont là des aspects qui doivent être examinés dans ce contexte.

[96] À l’appui de cet argument, le demandeur qualifie l’article 38 de code complet. Sur ce point, il relève que l’article 38.14 [édicte, *idem*] de la Loi dispose que « [l]a personne qui préside une instance criminelle peut rendre l’ordonnance qu’elle estime indiquée en l’espèce en vue

that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding”.

[97] On the basis of this provision, the applicant asserts that it is therefore clearly for the judge in the criminal trial to determine whether the accused’s right to make full answer and defence has been affected by a ruling made under section 38.06 of the Act by a designated judge. It therefore does not form part of the test which the designated judge applies, rather, the section 38 scheme provides for a balancing of public interests. Therefore, if the respondent establishes that without the disclosure information at issue his innocence will be at stake, or alternatively if he establishes that the information is crucial to his defence, then the designated judge can weigh it in the balance against the public interest in non-disclosure.

[98] The respondent submits that the decision of the Federal Court of Appeal in *Ribic* clearly refutes the argument made by the appellant. The respondent asserts that far from being irrelevant, the accused’s right to make full answer and defence and right to have a fair trial are central to the balancing test under section 38. While disclosure will not necessarily be the remedy that is granted, these rights must be given full consideration in the balancing process conducted pursuant to section 38.06.

[99] As noted by the respondent, the Federal Court of Appeal in *Ribic* had the following to say at paragraph 13 of its decision:

The Federal Court—Trial Division has been tasked with the difficult duty of balancing the competing public interests which, in this case, involve the protection of sensitive information and the protection of an accused’s constitutional rights to a full answer and defence and to a fair trial. [Emphasis mine.]

[100] Similarly, the applicant himself refers to the words of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 77 (*Charkaoui*), wherein the following

de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l’un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance ».

[97] S’appuyant sur cette disposition, le demandeur soutient qu’il appartient donc manifestement au juge qui préside le procès pénal de dire si le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière a été touché par une décision rendue en vertu de l’article 38.06 de la Loi par le juge désigné. Ce droit ne fait donc pas partie du critère que le juge désigné applique, le régime de l’article 38 prévoyant plutôt la mise en balance des intérêts publics. Par conséquent, si le défendeur établit que, sans la divulgation des renseignements en cause, la démonstration de son innocence sera compromise, ou subsidiairement s’il établit que les renseignements sont cruciaux pour sa défense, alors le juge désigné pourra en tenir compte dans l’appréciation des raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgence.

[98] Selon le défendeur, la jurisprudence *Ribic* de la Cour d’appel fédérale réfute manifestement l’argument soutenu par le demandeur. Il dit que, loin d’être hors de propos, le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et son droit à un procès équitable sont d’une importance cruciale quant à la mise en balance requise par l’article 38. La divulgation ne sera pas nécessairement la mesure réparatrice qui sera accordée, mais ces droits doivent être pleinement pris en compte dans la mise en balance faite en vertu de l’article 38.06.

[99] Comme le signale le défendeur, la Cour d’appel fédérale a fait les observations suivantes, au paragraphe 13 de l’arrêt *Ribic* :

La Section de première instance de la Cour fédérale a été chargée de la difficile tâche consistant à soupeser les intérêts publics rivaux que sont ici la protection de renseignements sensibles et la protection des droits constitutionnels d’un accusé à une défense pleine et entière et à un procès équitable. [Non souligné dans l’original.]

[100] De même, le demandeur lui-même cite les propos tenus par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 77 (l’arrêt

was stated with respect to section 38 of the Act: “it illustrates Parliament’s concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual” (emphasis mine).

[101] As was most recently stated by Chief Justice Lutfy in *Khawaja*, above, at paragraph 59, section 38 “achieves a nuanced approach that respects the interest of the state to maintain the secrecy of sensitive information while affording mechanisms which respect the rights of the accused, including the right to full answer and defense, the right to disclosure and the right to a fair trial in the underlying criminal proceeding.” The mechanisms referred to by the Chief Justice included the three-part test as set out in *Ribic*, in addition to section 38.14: *Khawaja*, above at paragraphs 41 and 46.

[102] Clearly the applicant’s interpretation of the section 38 scheme cannot stand. The rights of the respondent, which in this case include in particular his right to a fair trial and his right to make full answer and defence, must be considered in the context of the third stage of the *Ribic* test. Such considerations lie at the heart of the balancing procedure. It is worth noting however that the rights and interests at issue will not be the same in every case.

[103] With respect to applicant’s arguments regarding section 38.14 of the Act, this section merely recognizes that the ultimate responsibility to ensure that the right of an accused to a fair trial is respected, falls to the trial judge. It does not however remove the obligation placed on the designated judge in a section 38 proceeding to consider all of the competing public interests that are relevant in a given case, under the balancing portion of the section 38.06 test.

(iii) What, if any, effect the inadvertent disclosure of some of the information before the Court should have on the issuance of an order that this information not be

*Charkaoui*), où elle s’exprime ainsi concernant l’article 38 de la Loi : « elle illustre le souci qu’a eu le législateur, dans une autre loi, d’établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus » (non souligné dans l’original).

[101] Comme l’observait tout récemment le juge en chef Lutfy au paragraphe 59 de la décision *Khawaja*, précitée, l’article 38 « instaure un dispositif affiné qui assure le respect, d’une part, de l’intérêt qu’a l’État à préserver la confidentialité des renseignements sensibles, d’autre part, les droits de l’accusé, notamment le droit à une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit à un procès équitable lors de l’instance pénale pertinente ». Les dispositifs évoqués par le juge en chef comprenaient le triple critère exposé dans l’arrêt *Ribic*, outre l’article 38.14 : décision *Khawaja*, précitée, aux paragraphes 41 et 46.

[102] Manifestement, l’interprétation que donne du régime de l’article 38 le demandeur ne saurait être retenue. Les droits du défendeur, qui en l’espèce comprennent en particulier son droit à un procès équitable et son droit de présenter une défense pleine et entière, doivent être considérés au regard du troisième volet du critère de l’arrêt *Ribic*. Ces considérations sont indissociables de la mise en balance des intérêts publics. Il convient de noter cependant que les droits et intérêts en cause ne sont pas les mêmes dans tous les cas.

[103] S’agissant des arguments du demandeur relatifs à l’article 38.14 de la Loi, cette disposition reconnaît simplement que c’est au juge de première instance qu’incombe, en fin de compte, la tâche de s’assurer que le droit d’un accusé à un procès équitable est respecté. Elle n’écarte pas toutefois l’obligation qu’a le juge désigné, dans la procédure visée par l’article 38, de considérer tous les intérêts publics contradictoires qui sont pertinents dans un cas donné, selon le volet du critère de l’article 38.06 qui concerne la mise en balance des intérêts publics.

(iii) Quel effet, le cas échéant, la divulgation par inadvertance de certains des renseignements soumis à la Cour devrait-elle avoir sur le prononcé d’une

further disclosed

[104] There is evidence before me that some of the information now at issue in this proceeding has been inadvertently disclosed in the course of the preparation of the criminal case and in the disclosure of documents by the prosecution to the defence. Indeed it may have been in the possession of counsel for the respondent for many months as the disclosure process began in 2004. Evidence was presented *in camera* and *ex parte* that where the information concerned foreign agencies they had been informed. No evidence was presented that this inadvertent disclosure had caused any injury to national security or international relations.

[105] The applicant asserts that the inadvertent release of information does not necessarily constitute waiver: *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1998] 4 F.C. 89 (C.A.), arguing that the Court can restrain further use of the material: *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306 (Gen. Div.).

[106] The applicant argues that waiver of privilege is ordinarily established where it is shown that the possessor of the privilege: (1) knew of the privilege, and (2) voluntarily evinces an intention to waive that privilege: *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (B.C.S.C.). The applicant further asserts that in the present case there is no evidence that the prosecution or the Attorney General ever intended to waive the privilege attached to the information at issue. Furthermore, at the time the documents were released, the statutory prohibition imposed by subsection 38.02(1) had not yet come into existence. As such, the prosecution or police cannot be said to have waived a privilege which had not yet crystallized.

[107] In balancing the competing interests in a case involving inadvertent disclosure, the applicant submits that the Court must determine the issue based on the

ordonnance interdisant une divulgation supplémentaire de ceux-ci?

[104] J'ai devant moi la preuve que certains des renseignements aujourd'hui en cause dans la présente instance ont été divulgués par inadvertance durant les préparatifs du procès pénal et lorsque la poursuite a communiqué des documents à la défense. Les renseignements en cause sont même peut-être en la possession de l'avocat du défendeur depuis de nombreux mois, puisque le processus de divulgation a débuté en 2004. Une preuve a été présentée à huis clos et *ex parte* selon laquelle, lorsque les renseignements concernaient des organismes étrangers, ceux-ci en avaient été informés. Il n'a été présentée aucune preuve montrant que cette divulgation par inadvertance a pu causer un quelconque préjudice à la sécurité nationale ou aux relations internationales.

[105] Le demandeur affirme que la divulgation par inadvertance de renseignements ne constitue pas nécessairement une renonciation : arrêt *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1998] 4 C.F. 89 (C.A.), et il ajoute que la Cour peut limiter l'emploi ultérieur des documents : *Tilley v. Hails* (1993), 12 O.R. (3d) 306 (Div. gén.).

[106] Le demandeur soutient que la renonciation à un privilège est ordinairement établie lorsqu'il est prouvé que le titulaire du privilège : 1) avait connaissance du privilège, et 2) manifeste de son plein gré l'intention de renoncer à ce privilège : *S. & K. Processors Ltd. v. Campbell Ave. Herring Producers Ltd.*, [1983] 4 W.W.R. 762 (C.S.C.-B.). Le demandeur soutient aussi que, en l'espèce, il n'est pas établi que le ministère public ou le procureur général a jamais eu l'intention de renoncer au privilège afférent aux renseignements en cause. Par ailleurs, à l'époque où les documents ont été communiqués, l'interdiction légale imposée par le paragraphe 38.02(1) n'avait pas encore pris naissance. On ne saurait donc dire que la poursuite ou la police a renoncé à un privilège qui ne s'était pas encore concrétisé.

[107] Selon le demandeur, la Cour doit, s'agissant de la mise en balance des intérêts contradictoires au cas où il y a eu divulgation par inadvertance, répondre à la

particular circumstances of the case, and that this discretion should be exercised in favour of protection where the disclosure was inadvertent: *Airst v. Airst* (1998), 37 O.R. (3d) 654 (Gen. Div.). It is submitted that I should therefore treat the information that was inadvertently disclosed in the same manner as the other information at issue in the present application.

[108] The respondent accepts the argument that privilege may still attach to documents that were inadvertently disclosed to the respondent. That being said, he submits that the fact that these documents were nonetheless disclosed effectively undermines the argument that the disclosure of these materials would be injurious, since there is no evidence that their disclosure has caused any injury. On this basis the respondent asserts that the disclosure of the inadvertently disclosed items should therefore be confirmed.

[109] With respect to disclosures made unintentionally, the traditional common-law position was that the privilege was lost and the communication deemed admissible: *Paciocco and Stuesser*, above, at Chapter 7, section 1. More recently however, the courts have been more forgiving, particularly in the civil context. For example, the New Brunswick Court of Appeal in *Chapelstone Developments Inc. v. Canada* (2004), 277 N.B.R. (2d) 350, having reviewed the existing case law, held as follows, at paragraph 55:

In summary, the general rule is that the right to claim privilege may be waived, either expressly or by implication. However, inadvertent disclosure of privileged information does not automatically result in a loss of privilege. More is required before the privileged communication will be admissible on the ground of an implied waiver. For example, knowledge and silence on the part of the person claiming the privilege and reliance on the part of the person in receipt of the privileged information that was inadvertently disclosed may lead to the legal conclusion that there was an implied waiver. In the end, it is a matter of case-by-case judgment whether the claim of privilege was lost through inadvertent disclosure. [Emphasis mine.]

[110] According to *Paciocco and Stuesser* however, different principles apply in the context of criminal cases, wherein for example the accused's right to make

question en se fondant sur les circonstances particulières de l'affaire, et ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en vue de protéger les renseignements lorsqu'il y a eu divulgation par inadvertance : *Airst v. Airst* (1998), 37 O.R. (3d) 654 (Div. gén.). Le demandeur soutient que je doit donc traiter les renseignements qui ont été divulgués par inadvertance de la même manière que les autres renseignements en cause dans la présente demande.

[108] En réponse à cet argument, le défendeur convient qu'un privilège peut encore s'attacher aux documents qui ont été divulgués par inadvertance au défendeur. Cela dit, il ajoute que le fait que tels documents ont néanmoins été divulgués a pour effet de saper la thèse selon laquelle la divulgation de ces documents serait préjudiciable, puisqu'il n'est pas établi que leur divulgation a causé un quelconque préjudice. Le défendeur soutient donc que la divulgation des documents par inadvertance doit être confirmée.

[109] S'agissant des divulgations faites involontairement, la position traditionnelle de la common law était que le privilège était perdu et la communication réputée recevable : *Paciocco et Stuesser*, précités, chapitre 7, section 1. Plus récemment cependant, les tribunaux ont été plus indulgents, surtout en matière civile. Par exemple, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, après examen de la jurisprudence, s'est exprimée ainsi dans l'arrêt *Chapelstone Developments Inc. c. Canada* (2004), 277 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 350, au paragraphe 55 :

Pour résumer, la règle générale veut qu'il soit possible de renoncer au secret de façon soit expresse, soit implicite. Toutefois, la divulgation par inadvertance de renseignements protégés n'entraîne pas automatiquement la perte du privilège du secret. Il faut davantage pour que la communication protégée soit admissible pour motif de renonciation tacite. Par exemple, la connaissance de la personne qui revendique le secret, son silence et la confiance de la personne en possession des renseignements protégés qui ont été divulgués par inadvertance peuvent amener la Cour à conclure en droit à une renonciation tacite. Finalement, il faut juger cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège. [Non souligné dans l'original.]

[110] Cependant, selon *Paciocco et Stuesser*, des principes différents s'appliquent en matière pénale, où par exemple le droit de l'accusé de présenter une



full answer and defence may discourage courts from using privacy interests to suppress information that might assist the accused; even though they might suppress similar information in a civil case. Conversely, when dealing with solicitor-client privilege in this context, where privilege usually inures to the benefit of the accused, Justice Arbour remarked in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney general)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraph 49 that “[u]njustified, or even accidental infringements of the privilege erode the public’s confidence in the fairness of the criminal justice system. This is why all efforts must be made to protect such confidences”.

[111] In the case of public interest immunity, it must be kept in mind that it is the information itself, and not the relationship that is being protected. Taking into consideration the nature of the interests that are sought to be protected from injury in a section 38 application, inadvertent waiver is not enough to justify disclosure. In light of the case-by-case nature of the test, the most appropriate approach is to proceed by way of the same three-step assessment; taking into account the fact that inadvertent disclosure of the information has occurred. Inadvertent disclosure may for example make it more difficult for the government to demonstrate injury under the second stage of the assessment. Inadvertent disclosure can also be considered at the balancing stage of the test, as it might weigh in favour of the Court considering the release of the information subject to conditions designed to limit any remaining concerns regarding injury.

(iv) Whether the Court should confirm the prohibition of disclosure, pursuant to subsection 38.06(3) of the Act, in the present case

(1) Relevancy

[112] To answer the question as to whether the Court should confirm the prohibition of disclosure in the

défense pleine et entière pourrait décourager les tribunaux d’invoquer le droit à la vie privée pour supprimer des renseignements susceptibles d’aider l’accusé, alors même qu’ils pourraient supprimer des renseignements semblables dans un procès civil. Inversement, s’agissant du privilège du secret professionnel de l’avocat dans ce contexte, où le privilège profite habituellement à l’accusé, la juge Arbour faisait observer dans l’arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 49, que « [l]es atteintes au privilège injustifiées, voire involontaires, minent la confiance qu’a le public dans l’équité du système de justice criminelle. C’est pourquoi il ne faut ménager aucun effort pour protéger la confidentialité de ces communications ».

[111] S’agissant de l’immunité d’intérêt public, il faut garder à l’esprit que ce sont les renseignements eux-mêmes qui sont protégés, et non la relation. Eu égard à la nature des intérêts que l’on cherche à préserver d’un préjudice dans la demande visée par l’article 38, la renonciation par inadvertance ne suffit pas à justifier la divulgation. Puisque, en ce qui concerne le critère, chaque cas est un cas d’espèce, l’approche la plus indiquée consiste à procéder selon la même évaluation en trois étapes, en tenant compte du fait qu’il y a eu divulgation par inadvertance des renseignements. La divulgation par inadvertance pourrait par exemple rendre plus difficile pour le gouvernement de prouver un préjudice à la seconde étape de l’évaluation. La divulgation par inadvertance peut aussi être considérée à l’étape de la mise en balance des intérêts publics, car elle pourrait avoir pour effet que la Cour envisagera la communication des renseignements sous réserve de conditions propres à dissiper les doutes restants concernant le préjudice.

(iv) La Cour doit-elle confirmer en l’espèce l’interdiction de divulgation prononcée en vertu du paragraphe 38.06(3) de la Loi?

1) Pertinence

[112] Pour répondre à la question de savoir si la Cour doit en l’espèce confirmer l’interdiction de divulgation,

present case, as was previously noted, I must first assess whether or not the respondent has demonstrated that the information at issue is relevant. This is a relatively low threshold.

[113] The respondent has indicated that he is not seeking the disclosure of any information that would disclose either investigative techniques or the identity of any operative of any law enforcement and/or intelligence agency, or the target of any investigation. Beyond these redactions in which the respondent has no interest, the respondent asserts that his burden to demonstrate relevance has clearly been met. In this regard, the respondent highlights that the prosecutor, David McKercher, has conceded that the redacted information is relevant as understood in the context of *Stinchcombe*. By giving notice to the Attorney General that he anticipated being required to disclose, or expected to disclose or cause the disclosure of, information that he believed was sensitive information or potentially injurious information pursuant to subsection 38.01(1) of the Act, the respondent argues that the prosecutor was in fact conceding the relevance of the information at issue in light of the fact that the duty to disclose under *Stinchcombe* only extends to relevant information: *Stinchcombe*, at page 339. Given the low threshold of the test for relevance, and the fact that there is no public evidence tending to undermine Mr. McKercher's decision, the respondent asserts that his determination should be respected and that the Court should find that the relevance threshold has been met.

[114] I put this question orally to the applicant during the hearing, and counsel did not raise any issue with respect to this claim.

[115] In the present case, I began with the assumption that the information at issue had been demonstrated to meet the relevancy threshold as defined by the Supreme Court in *Stinchcombe*. However, it has become clear to me as I read the information which the applicant seeks to protect that some of it has no bearing upon the case against the respondent. The prosecutor's concession must be interpreted in my view as a general statement about the documents as a whole and is not applicable to

comme je l'ai indiqué plus haut, je dois d'abord vérifier si le défendeur a prouvé, ou non, que les renseignements en cause sont pertinents. C'est là une exigence de base relativement facile à remplir.

[113] Le défendeur a indiqué qu'il ne demande pas la divulgation de renseignements susceptibles de révéler des techniques d'enquête ou l'identité de tel ou tel agent d'application de la loi et/ou d'un organe de renseignement, ou de personnes visées par une enquête quelconque. À part les documents expurgés pour lesquels il n'a aucun intérêt, le défendeur dit qu'il a clairement satisfait à son obligation de prouver la pertinence des renseignements en cause. Sur ce point, le défendeur souligne que le poursuivant, David McKercher, a admis que les renseignements supprimés sont pertinents, au sens de la jurisprudence *Stinchcombe*. En donnant avis au procureur général, conformément au paragraphe 38.01(1) de la Loi, qu'il était tenu de divulguer ou prévoyait de divulguer ou de faire divulguer des renseignements qui, selon ce qu'il croyait, étaient des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables, le poursuivant admettait en fait, d'affirmer le défendeur, la pertinence des renseignements en cause, puisque l'obligation de divulguer, en application de l'arrêt *Stinchcombe*, ne s'étend qu'aux renseignements pertinents : arrêt *Stinchcombe*, à la page 339. Étant donné le critère peu exigeant de la pertinence, et le fait qu'aucune preuve publique ne prétend porter atteinte à la décision de M. McKercher, le défendeur affirme que sa conclusion doit être respectée et que la Cour doit conclure que le seuil de pertinence a été franchi.

[114] J'ai posé cette question oralement au demandeur durant l'audience, et son avocat n'a soulevé aucune question au regard de cette prétention.

[115] En l'espèce, j'ai commencé mon examen en postulant qu'il avait été prouvé que les renseignements en cause étaient pertinents au sens de la jurisprudence *Stinchcombe*. Cependant, à mesure que je lisais les renseignements que le demandeur cherche à protéger, il m'est apparu de plus en plus clair que certains d'entre eux n'ont aucun rapport avec les charges portées contre le défendeur. L'admission du poursuivant doit être interprétée, selon moi, comme une déclaration générale

each item of information the documents contain.

[116] Many of the investigators on Project Awaken had broader duties to perform and their notes reflect the fact that they had to deal with other matters including ongoing investigations unrelated to the case against the respondent. I would include in the irrelevant category analytical reports of a general nature some of which were prepared years before the events that gave rise to the charges against the respondent and are not specific to the context of those charges. In these cases I concluded that there was no need to consider the second or third stages of the *Ribic* approach with respect to that information.

(2) Injury to international relations, national defence or national security

Arguments of the Respondent

[117] The second step of the test is the determination of whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security, the burden being on the party seeking non-disclosure to prove that this is so. The respondent asserts that the case turns on this issue, arguing that the applicant has not met his evidentiary burden in this regard.

[118] The respondent has identified three main issues that militate against a finding that disclosure would be injurious, namely: (1) the applicant has not provided any public evidence tying any of the specific redactions in this case to the potential to cause injury; (2) there is no public evidence that the applicant has made any efforts to obtain the consent of third parties to release confidential information; and (3) there is no public evidence that the applicant has made an assessment as to whether any of the redacted material is already in the public domain by virtue of the related criminal trial in London, England. The respondent reiterates that it is the Attorney General who bears the onus to demonstrate through evidence that the disclosure of the redacted material would be injurious, and if insufficient evidence

portant sur l'ensemble des documents, et non comme une déclaration s'appliquant à chaque renseignement figurant dans les documents.

[116] Nombre des enquêteurs affectés au Projet Awaken avaient des tâches plus étendues à accomplir, et leurs notes attestent qu'ils devaient s'occuper d'autres affaires, notamment d'enquêtes en cours sans rapport avec les charges portées contre le défendeur. J'inclurais dans la catégorie des documents non pertinents les rapports analytiques de nature générale, dont certains ont été rédigés plusieurs années avant les faits à l'origine des accusations portées contre le défendeur et n'ont rien à voir avec de telles accusations. Dans ces cas, je suis arrivé à la conclusion qu'il n'était pas nécessaire, s'agissant de ces renseignements, de considérer les deuxième et troisième volets du critère *Ribic*.

2) Préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale

Arguments du défendeur

[117] La deuxième étape du critère consiste à poser la question de savoir si la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, et c'est à la partie qui demande la non-divulgation qu'il appartient de prouver que tel est le cas. Le défendeur soutient que cet aspect est crucial en l'espèce, faisant valoir que le demandeur n'a pas ici apporté la preuve requise.

[118] Le défendeur a cerné trois principaux éléments réfutant le caractère préjudiciable de la divulgation, à savoir : 1) le demandeur n'a produit aucune preuve publique rattachant l'un quelconque des documents expurgés ici à l'éventualité d'un préjudice; 2) il n'existe aucune preuve publique montrant que le demandeur s'est efforcé d'obtenir le consentement de tiers pour communiquer des renseignements confidentiels; et 3) il n'y a aucune preuve publique montrant que le demandeur a cherché à vérifier si l'un quelconque des documents supprimés fait déjà partie du domaine public en raison du procès pénal connexe tenu à Londres, en Angleterre. Le défendeur rappelle que c'est au procureur général qu'il appartient de démontrer, preuves à l'appui, que la divulgation des documents supprimés serait

has been provided, the court must release the information: *Ribic*, above, at paragraph 18.

[119] With respect to the first point, the respondent highlights that the evidence provided by the respondent is very general in nature. Of the public affidavits provided by the applicant, the respondent argues that none of the affiants offer insight into why the disclosure of the particular information at issue would be injurious. The respondent highlights that many of the affiants have never seen the material, and of those who have only one individual was involved in attaching the privilege claims to that material. Even that individual however did not tie any of the general reasoning provided to detailing why the specific redactions would be injurious. As a result, the respondent asserts that by failing to provide an evidentiary foundation tying the disclosure of the specific redactions to any real and serious possibility of harm, the applicant has failed to meet its burden.

[120] With respect to the second point, the respondent indicates that while it is to be understood that pursuant to the “third party rule” information obtained from a foreign source is to be treated in confidence, this information need not be treated as such if consent to disclose is obtained from that source. The respondent asserts on this basis that the applicant has a duty to demonstrate that efforts have at least been made to seek such consent, before information can be withheld pursuant to the third party rule. The respondent argues that there is no evidence that any significant efforts have been made in this regard.

[121] With respect to the third point, aside from some evidence from RCMP Inspector Chesley Parsons on cross-examination to the effect that there was another officer (Diane Gagnon) who would have been responsible for determining whether any of the redacted material had been made public in the U.K. trial, the respondent argues that there is no clear evidence that the applicant has actually discharged its burden in this regard.

préjudiciable et, si la preuve produite est insuffisante, la Cour doit autoriser la divulgation des renseignements : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 18.

[119] S’agissant du premier point, le défendeur souligne que la preuve produite par le demandeur est de nature très générale. S’agissant des affidavits publics produits par le demandeur, le défendeur fait valoir qu’aucun des déposants ne donne d’indications sur les raisons pour lesquelles la divulgation des renseignements concernés serait préjudiciable. Le défendeur souligne que nombre des déposants n’ont jamais vu les documents et que, parmi ceux qui les ont vus, un seul s’est occupé de rattacher un privilège à tel ou tel document. Toutefois, ce déposant lui-même s’est abstenu de faire le lien entre les raisons générales invoquées et les raisons particulières qui feraient que tel ou tel document expurgé serait préjudiciable. Ainsi, d’affirmer le défendeur, le demandeur n’a pas produit la preuve requise, et cela parce qu’il n’a avancé aucun argument rattachant la divulgation des documents expurgés à une possibilité réelle et sérieuse de préjudice.

[120] S’agissant du second point, le défendeur dit que, bien qu’il faille se rendre compte que, conformément à la « règle des tiers », les renseignements obtenus d’une source étrangère doivent être traités comme des renseignements confidentiels, ces renseignements n’ont pas à être considérés tels si le consentement à leur divulgation est obtenu de la source en question. Le défendeur soutient donc que le demandeur a l’obligation de prouver qu’il a fait un minimum d’efforts pour obtenir ce consentement, avant que la communication des renseignements puisse être refusée en application de la règles des tiers. Le défendeur soutient qu’il n’est pas établi que le demandeur a pris les moyens requis à cette fin.

[121] S’agissant du troisième point, à part certains témoignages de l’inspecteur Chesley Parsons de la GRC, lors de son contre-interrogatoire, où il a affirmé que c’est un autre agent (Diane Gagnon) qui était chargée de dire si l’un quelconque des documents expurgés avait été rendu public dans le procès tenu au Royaume-Uni, le défendeur soutient qu’il n’est pas clairement établi que le demandeur a effectivement apporté la preuve requise à cet égard.

## Arguments of the Applicant

[122] The applicant argues that disclosure of the information at issue in the present case will harm Canada's national security and/or international relations, in several ways, as set out in the private affidavits filed by the applicant which are now in the public record. During oral argument, the applicant referred in particular to the affidavits provided by the representatives of the RCMP, the CBSA, the CSIS, and the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT).

[123] The applicant notes in particular that the affidavit of the representative from DFAIT, Alan Kessel, speaks directly to the potential harm that would be posed to international relations in the event that sensitive or potentially injurious information were disclosed. The affidavit reflects that confidentiality is fundamental to the collection and sharing of information between states, highlighting the importance of the third party rule. The affidavit describes the rule as being an international convention and practice that dictates that all information that is provided by one state to another or by an agency from one state to another is given and obtained in confidence, unless there is an express agreement to the contrary. With respect to this last point, the applicant further highlighted the importance of the originator control principle to the adequate functioning of the third party rule.

[124] The affidavit also noted that Canada is a party to a number of treaties and bound by United Nations Security Council resolutions that address the matter of sharing of information in the context of addressing terrorism, including: The United Nations Security Council Resolution 1373 (2001), adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001; the *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, New York, 15 November 2000, 2225 U.N.T.S. I-39574 (UN Convention against Transnational Organized Crime); and the *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, New York, 9 December 1999, 2178 U.N.T.S. 1-38349 (Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism). Under the terms of the

## Arguments du demandeur

[122] Le demandeur soutient que la divulgation des renseignements en cause dans la présente affaire sera préjudiciable à la sécurité nationale et/ou aux relations internationales du Canada, et cela à plusieurs titres, comme cela est indiqué dans les affidavits confidentiels qu'il a produits et qui figurent maintenant dans le dossier public. Au cours des débats, le demandeur a évoqué en particulier les affidavits produits par les représentants de la GRC, l'ASFC, le SCRS et le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI).

[123] Le demandeur relève en particulier que l'affidavit du représentant du MAECI, Alan Kessel, traite directement du préjudice possible qui serait causé aux relations internationales au cas où des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables seraient divulgués. L'affidavit confirme que la confidentialité est essentielle pour la collecte et l'échange de renseignements entre États, en soulignant l'importance de la règle des tiers. L'affidavit précise que la règle est une convention et une pratique internationales d'après laquelle, sauf entente contraire explicite, tout renseignement communiqué par un État à un autre ou par une agence d'un État à une autre est donné et obtenu à titre confidentiel. S'agissant de ce dernier point, le demandeur a aussi mis en relief l'importance du principe du droit de regard de la source des renseignements pour la bonne application de la règle des tiers.

[124] L'affidavit relevait aussi que le Canada est partie à plusieurs traités et qu'il est lié par diverses résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies portant sur l'échange de renseignements dans le contexte de la lutte contre le terrorisme, notamment les instruments suivants : la Résolution 1373 du Conseil de sécurité des Nations Unies (2001), adoptée par le Conseil de sécurité à sa 4385<sup>e</sup> séance, le 28 septembre 2001; la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnational organisée*, New York, 15 novembre 2000, 2225 R.T.N.U. I-39574 (la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnational organisée*); et la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, New York, 9 décembre 1999, 2178 R.T.N.U. I-38349 (la Convention

latter two, Mr. Kessell asserts that Canada must maintain confidentiality of information that is shared unless there is an agreement to the contrary.

[125] With respect to Inspector Parson's affidavit, the applicant submits that it focussed in particular on the overlap between questions of national security and international relations. The affidavit highlights the changing nature of the threats to Canada's security in this regard, and the fact that threats posed by terrorism do not recognize national boundaries. As such, these threats call for a co-ordinated co-operative international response, which in turn requires the sharing of information.

[126] Reference is also made to the third party rule in the context of the work of the RCMP, particularly in light of the reliance that the RCMP places on its relationships with other agencies in Canada and abroad with respect to information and intelligence sharing relating to criminal activity in Canada. The applicant asserts that the continuation of these relationships is imperative to the work of the RCMP, and it is understood in the context of these relationships that the information shared will not be used without the consent of the agency providing it.

[127] The applicant further notes that often an explicit caveat is included with the information shared by such agencies, and although it may not be against the law to breach such a caveat, such an act would represent a significant breach of trust between the receiving and lending agencies. Again it is noted that such a breach could have significant consequences, potentially leading to a refusal to share further information. Even when the documents do not contain such a caveat, the applicant asserts that in the context of the work of the RCMP, such a caveat is always implied. Reference was further made to the fact that Canada is a net importer of security information. A supplementary affidavit by Inspector Parsons characterized this concept in terms of a ratio of 75 to 1, with respect to information received by the RCMP versus that provided by the RCMP to its partners.

pour la répression du financement du terrorisme). Aux termes des deux dernières conventions, M. Kessell soutient que le Canada doit préserver la confidentialité des renseignements qui sont échangés, sauf s'il existe une entente contraire.

[125] S'agissant de l'affidavit de l'inspecteur Parsons, le demandeur soutient qu'il concernait plus précisément le chevauchement des questions de sécurité nationale et de relations internationales. L'affidavit met en relief le caractère fluctuant des menaces pour la sécurité du Canada à ce chapitre, et le fait que les menaces posées par le terrorisme font fi des frontières nationales. Ces menaces appellent donc une réponse internationale coordonnée et commune, laquelle à son tour requiert l'échange de renseignements.

[126] Il est aussi fait référence à la règle des tiers dans le contexte du travail de la GRC, surtout parce que la GRC compte sur ses relations avec d'autres agences, au Canada et à l'étranger, dans l'échange de renseignements se rapportant aux activités criminelles menées au Canada. Le demandeur soutient que le maintien de telles relations est impératif pour le travail de la GRC, et, dans le contexte de ces relations, il est entendu que les renseignements échangés ne pourront pas être utilisés sans le consentement de l'organisme qui les a communiqués.

[127] Le demandeur relève aussi qu'une réserve explicite assortit souvent les renseignements échangés par les organismes de ce genre, et, même s'il n'est sans doute pas contraire au droit d'écarter une réserve de ce genre, cela constituerait un réel abus de confiance entre l'organisme bénéficiaire et l'organisme source. Là encore, il est signalé qu'un tel manquement pourrait avoir d'importantes conséquences, pouvant aller jusqu'au refus d'échanger d'autres renseignements. Même en l'absence d'une telle réserve dans les documents, le demandeur dit que, s'agissant du travail de la GRC, elle est toujours implicite. Il a aussi évoqué le fait que le Canada importe nettement plus de renseignements en matière de sécurité. L'affidavit supplémentaire de l'inspecteur Parsons explicitait cette idée en précisant que la GRC recevait 75 fois plus de renseignements de ses partenaires qu'elle ne leur en communiquait.

[128] Regarding the information held by the CBSA, the applicant similarly highlighted that the CBSA works with other domestic and foreign agencies, and that the disclosure of information provided by these groups could equally risk damaging those relationships. The applicant asserts that the sharing of criminal intelligence and information between CBSA and the other domestic foreign government agencies is crucial to its past, ongoing and future investigations. These arrangements require a high degree of secrecy and are based on a high level of trust. As was highlighted during oral argument however, to the extent that the CBSA has dealings with Canadian agencies, the disclosure of information could not affect international relations, save for the cases in which the original source of the information was a foreign one.

[129] Other types of harm were also identified in the CBSA affidavit including the harm that could be sustained if its investigative methods or techniques were disclosed. In order to be effective, the applicant asserts that certain methods of operation used by the CBSA to collect criminal intelligence and investigate crime require secrecy. Similarly, the disclosure of names of individuals under investigation could cause the subjects of the investigation to change their behaviour to evade further detection. In addition, the disclosure of details of what is known and not known in an investigation could provide the subjects and other persons associated with them with information that could enable them to assess the depth and sophistication of the resources of the CBSA and other agencies. The applicant also asserts that the disclosure of the identities of those involved in ongoing investigations, whether as informants or potential witnesses, before such an investigation is completed and before the cases are brought to court, would cause alarm to such individuals and make them less likely to assist further or in future investigations. It could also place them at risk of harm. Disclosure of the identities of the investigators could also jeopardize their safety and limit their effectiveness. During oral argument the applicant did recognize however that there is a distinction to be drawn between information which may appear in the materials which relates to other investigations, as opposed to investigations involving the respondent.

[128] S'agissant des renseignements détenus par l'ASFC, le demandeur souligne également que l'ASFC collabore avec d'autres organismes nationaux et étrangers et que la divulgation de renseignements communiqués par ces organismes risquait, elle aussi, de nuire à telles relations. Le demandeur soutient que l'échange de renseignements en matière criminelle entre l'ASFC et les autres organismes gouvernementaux aux étrangers est crucial pour ses enquêtes passées, actuelles et futures. Ces arrangements exigent un niveau élevé de confidentialité et sont fondés sur un niveau élevé de confiance. Comme on l'a souligné cependant durant les débats, dans la mesure où l'ASFC traite avec des organismes canadiens, la divulgation de renseignements ne pourrait pas nuire aux relations internationales, sauf les cas où la source originale des renseignements est un organisme étranger.

[129] D'autres formes de préjudice étaient aussi cernées dans l'affidavit de l'ASFC, notamment le préjudice qui pourrait être subi si les méthodes ou techniques d'enquête de l'ASFC étaient divulguées. Le demandeur affirme que, pour être efficaces, certains modes opératoires employés par l'ASFC pour recueillir des renseignements de nature criminelle et enquêter sur les activités criminelles exigent la confidentialité. De même, la divulgation de l'identité des personnes visées par l'enquête pourrait les conduire à modifier leur comportement pour passer inaperçues. En outre, la divulgation de détails sur ce qui est connu ou ce qui ne l'est pas dans l'enquête pourrait donner aux personnes visées et aux autres personnes avec lesquelles elles ont des rapports des renseignements qui pourraient leur permettre d'apprécier l'ampleur et le niveau de perfectionnement des ressources de l'ASFC et d'autres organismes. Le demandeur dit aussi que la divulgation de l'identité des personnes mêlées aux enquêtes en cours, qu'il s'agisse d'indicateurs ou d'éventuels témoins, avant qu'une enquête de ce genre soit achevée et avant que les tribunaux ne soient saisis de l'affaire, alarmerait ces personnes et les rendrait moins empressées à apporter leur aide dans l'enquête en cours ou dans des enquêtes futures. Une telle divulgation pourrait aussi les mettre en danger. La divulgation de l'identité des enquêteurs pourrait aussi compromettre leur sécurité et limiter leur efficacité. Au cours des débats, le demandeur a bien reconnu cependant qu'il

faut faire la distinction entre les renseignements pouvant figurer dans les documents et se rapportant à d'autres enquêtes et les renseignements se rapportant aux enquêtes visant le défendeur.

[130] With respect to the information collected by CSIS, the applicant highlighted that the affidavit distinguishes the nature of security intelligence gathering from law enforcement investigation, noting that in the case of the former, there is usually no completed offence, investigations are long-range, and the age of the information does not, in itself, therefore determine whether its disclosure would be injurious to national security. Rather, it is the nature of the information, the methods by which it was obtained and the facts of disclosure that may affect national security interests.

[131] The applicant described secrecy as being an integral component of the work of CSIS, in addition to its co-operative relationships with government departments and law enforcement agencies within Canada and abroad. The affidavit evidence provided by CSIS further clarified that though disclosure may occur within these relationships, no disclosure is routine. In many cases information is not collected openly and cannot be subsequently disclosed.

[132] For reasons similar to those already mentioned, the applicant asserts that CSIS has the following general concerns in relation to national security which are engaged by the potential release of information collected during the course of its investigations in that it may:

- (a) identify or tend to identify Service employees or internal procedures and administrative methodology of the Service, such as names and file numbers;
- (b) identify or tend to identify investigative techniques and methods of operation utilized by the Service;
- (c) identify or tend to identify Service interest in individuals, groups or issues, including the existence or absence of past or present files or investigations, the

[130] S'agissant des renseignements recueillis par le SCRS, le demandeur a souligné que l'affidavit fait la distinction entre la collecte de renseignements de sécurité et l'enquête policière, faisant observer que, dans le premier cas, l'infraction n'est en général pas constituée, les enquêtes sont de longue durée et l'ancienneté des renseignements ne permet donc pas de dire si leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale. C'est plutôt la nature des renseignements, la méthode par laquelle ils sont obtenus et le contexte de la divulgation qui peuvent nuire à la sécurité nationale.

[131] Selon le demandeur, la confidentialité fait partie intégrante du travail du SCRS, outre les rapports que le SCRS entretient avec les ministères gouvernementaux et organismes d'application de la loi, au Canada et à l'étranger. La preuve par affidavit produite par le SCRS précisait aussi que, bien que la divulgation puisse avoir lieu dans le cadre de tels rapports, aucune divulgation ne va de soi. Dans de nombreux cas, les renseignements ne sont pas recueillis ouvertement et ne peuvent pas être ultérieurement divulgués.

[132] Pour des raisons semblables à celles qui ont déjà été invoquées, le demandeur dit que, s'agissant de la sécurité nationale, le SCRS éprouve en général les réserves suivantes à l'idée de l'éventuelle communication de renseignements recueillis au cours de ses enquêtes, et ce parce que cette divulgation peut :

- a) identifier ou tendre à identifier des employés du Service, ou des procédures internes et des méthodes administratives du Service, par exemple des noms et des numéros de dossiers;
- b) révéler ou tendre à révéler les techniques d'enquête et des modes opératoires employés par le Service;
- c) révéler ou tendre à révéler le fait que le Service s'intéresse à des personnes, à des groupes ou à des enjeux, notamment à l'existence ou à l'absence de



intensity of investigations, or the degree or lack of success of investigations;

(d) identify or tend to identify human sources of information for the Service or the content of information provided by a human source;

(e) identify or tend to identify relationships that the Service maintains with foreign security and intelligence agencies and would disclose information received in confidence from such sources; and

(f) identify or tend to identify information concerning the telecommunication system utilized by the Service.

[133] This is a useful classification scheme with respect to the grounds advanced by the Attorney General to justify non-disclosure for all of the redacted material including that from other agencies and I have relied upon it generally in assessing the information.

[134] The respondent, during oral argument, clarified for the Court that he is not seeking information relating to items a, b or f with respect to CSIS or any other agency. With respect to items c and d, the respondent stated that he was only interested in such information to the extent that it involved people who were going to be witnesses at the criminal trial, as it would certainly go to their credibility. With respect to item e, the respondent indicated that this item was very much still at issue as he felt that the third party rule had not been properly claimed by the applicant.

#### The “Mosaic Effect”

[135] The applicant asserts that in weighing these concerns the ability of an informed reader to correlate information must be taken into account. Known as the mosaic effect, this principle stipulates that each piece of information should not be considered in isolation, as seemingly unrelated pieces of information, which may not be particularly sensitive by themselves, could be

dossiers ou enquêtes passés ou présents, les enquêtes poussées, ou le degré de succès ou l’absence de succès obtenu dans les enquêtes;

d) identifier ou tendre à identifier des sources humaines de renseignements pour le Service, ou le contenu de renseignements fournis par une source humaine;

e) révéler ou tendre à révéler les relations que le Service entretient avec des agences étrangères de renseignement et aurait pour effet de révéler des renseignements reçus à titre confidentiel de telles sources; et

f) révéler ou tendre à révéler des renseignements concernant le système de télécommunications utilisé par le Service.

[133] C’est là un mode de classification utile en ce qui concerne les moyens avancés par le procureur général pour justifier la non-divulcation de la totalité des documents expurgés, y compris ceux d’autres organismes, et je me suis fondé en général sur cette classification pour évaluer les renseignements en question.

[134] Au cours des débats, le défendeur a précisé à la Cour qu’il ne souhaitait pas obtenir des renseignements se rapportant aux points a, b ou f qui concernent le SCRS ou tout autre organisme. S’agissant des points c et d, le défendeur a dit qu’il ne souhaitait obtenir ces renseignements que dans la mesure où ils concernaient des personnes qui allaient témoigner au procès pénal, car ils porteraient certainement sur leur crédibilité. S’agissant du point e), le défendeur a dit que ce point était encore largement mis en question car il avait le sentiment que le demandeur n’avait pas correctement invoqué la règles des tiers.

#### L’« effet de mosaïque »

[135] Le demandeur soutient que, pour l’appréciation de telles réserves, il faut tenir compte de la capacité d’un observateur bien informé de faire la synthèse des renseignements. Appelé « effet de mosaïque », ce principe dit qu’un renseignement ne doit pas être considéré isolément, car des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui en eux-mêmes

used to develop a more comprehensive picture when assessed as a group. The applicant recognized in oral argument however that there is some level of difficulty in applying this in practice.

[136] The mosaic effect was aptly described by the Federal Court in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243; affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.) (*Henrie*) wherein the Court recognized:

It is of some importance to realize than an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. [Emphasis mine.]

That being said, though it is important to keep this underlying principle in mind when assessing whether or not information could be injurious if disclosed, in light of the difficulty of placing oneself in the shoes of such an “informed reader,” by itself the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Something further must be asserted as to why that particular piece of information should not be disclosed.

[137] National security and the maintenance of international relations are clearly legitimate interests of the state. As was highlighted by the Supreme Court in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 744, the state has a “considerable interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources.” Similarly, as was noted in *Ruby*, at paragraph 46, the

ne sont peut-être pas particulièrement sensibles, pourraient, pris collectivement, servir à peindre un tableau plus précis. Le demandeur a reconnu dans ses arguments cependant qu’il est assez difficile de mettre ce principe en pratique.

[136] L’effet de mosaïque a été exposé judicieusement par la Cour fédérale dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243; confirmé par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL) (la décision *Henrie*), où la Cour s’est exprimée en ces termes :

Il importe de se rendre compte qu’un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c’est-à-dire une personne qui s’y connaît en matière de sécurité et qui est membre d’un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l’observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu’il possède déjà, être en mesure d’en arriver à des deductions préjudiciables à l’enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. [Non souligné dans l’original.]

Cela dit, même s’il importe de garder à l’esprit ce principe fondamental pour savoir si des renseignements peuvent être préjudiciables en cas de divulgation, ou non, l’effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, et cela parce qu’il est difficile de se mettre à la place d’un tel « observateur bien informé », une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué.

[137] La sécurité nationale et la préservation des relations internationales constituent manifestement des intérêts légitimes de l’État. Comme l’a souligné la Cour suprême dans l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 744, l’État a « grandement intérêt à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police ». De même, comme l’a dit

states' interest in national security and in maintaining foreign confidences is "significant and legitimate".

#### The "Third Party Rule"

[138] The applicant argues that confidentiality is fundamental to the collecting and sharing of information between foreign states and agencies and that it is in the context of maintaining foreign confidences that the "third party rule" comes into play. Should this rule be violated, the applicant argues that injury could result to Canada's international relations and national security. As was recently stated by the Supreme Court in *Charkaoui*, at paragraph 68 "Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality".

[139] Generally speaking, the third party rule dictates that a Canadian agency in receipt of security intelligence from a foreign government or agency, must obtain their consent prior to disclosing any of the information: *Ahani v. Canada*, [1995] 3 F.C. 669 (T.D.), at pages 676-678 (*Ahani*). As was similarly noted by the Federal Court in *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 278 F.T.R. 150, at paragraph 63, citing *Harkat (Re)* (2005), 261 (F.T.R. 52 (F.C.)), at paragraph 89, one type of information that the state has a legitimate interest in keeping confidential includes "[s]ecrets obtained from foreign countries or foreign intelligence agencies where unauthorized disclosure would cause other countries or agencies to decline to entrust their own secret information to an insecure or untrustworthy recipient."

[140] Most recently the third party rule was described in *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, at paragraph 25 (*Ottawa Citizen*) as concerning "the exchange of information among security intelligence services and other related

la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby*, au paragraphe 46, le droit de l'État de veiller à la sécurité nationale et de protéger les renseignements de sources étrangères obtenus à titre confidentiel est « important et légitime ».

#### La « règles des tiers »

[138] Le demandeur soutient que la confidentialité est essentielle à la collecte et l'échange de renseignements avec les États et organismes étrangers et que c'est dans le contexte de la préservation du caractère confidentiel des renseignements obtenus de sources étrangères que la « règle des tiers » entre en jeu. Si cette règle est transgressée, d'affirmer le demandeur, un préjudice pourrait en résulter pour les relations internationales et la sécurité nationale du Canada. Comme le disait récemment la Cour suprême dans l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 68, « [l]e Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements ».

[139] De manière générale, la règle des tiers dispose que l'organisme canadien qui reçoit des renseignements de sécurité d'un gouvernement ou organisme étranger doit obtenir le consentement de celui-ci avant de les divulguer : *Ahani c. Canada*, [1995] 3 C.F. 669 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 676 à 678 (la décision *Ahani*). Dans le même sens, la Cour fédérale a dit dans la décision *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1740, au paragraphe 63, citant la décision *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, au paragraphe 89, qu'un type de renseignements dont l'État a le droit légitime de préserver la confidentialité concerne « [l]es secrets transmis par des pays étrangers ou des services de renseignement étrangers, lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou ces services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n'est pas digne de confiance ou qui n'est pas à même d'en assurer la confidentialité ».

[140] Tout récemment, la règle des tiers a été qualifiée dans la décision *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552, au paragraphe 25 (la décision *Ottawa Citizen*) de règle concernant « l'échange de renseignements entre des

agencies. Put simply, the receiving agency is neither to attribute the source of the information or disclose its contents without the permission of the originating agency” (emphasis mine).

[141] These cases demonstrate that the third party rule is meant to apply to the exchange of information between foreign states and agencies. As noted by the Court in *Ottawa Citizen*, the rule protects both the contents of the information exchanged and its source. That being said, this principle clearly does not apply to protecting potential sources where no information has been exchanged, as this is outside the scope of its purpose. If for example the Attorney General wishes to keep from disclosing the existence of a relationship, other grounds must be asserted.

[142] In addition, as asserted by the applicant, the third party rule is premised on the originator control principle, which is why the consent of the originating agency or state must be sought before any information exchanged is released. The importance of this principle has in fact been recognized by NATO in setting out the Security System for the North Atlantic Treaty Organization. Brussels: NATO Archives, December 1, 1949, DC 2/1: 4 wherein it is stated:

The parties to the North Atlantic Treaty . . . will make every effort to ensure that they will maintain the security classifications established by any party with respect to the information of that party’s origin; will safeguard accordingly such information; . . . and will not disclose such information to another nation without the consent of the originator.

[143] There are other international conventions to which Canada is signatory that similarly recognize the need to seek the consent of an originating state with respect to using shared confidential information. For example, article 12, paragraph 1, and article 12, paragraph 3 of the Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, which entered into force on April 10, 2002, state:

services du renseignements de sécurité et d’autres organismes apparentés. En termes simples, l’organisme qui obtient des renseignements ne doit ni désigner la source des renseignements ni en communiquer le contenu sans l’autorisation de l’organisme d’origine » (non souligné dans l’original).

[141] Cette jurisprudence enseigne que la règle des tiers est censée s’appliquer à l’échange de renseignements entre États et organismes de divers pays. Comme l’a signalé la Cour dans la décision *Ottawa Citizen*, cette règle protège à la fois le contenu des renseignements échangés et leur source. Cela dit, ce principe ne s’applique manifestement pas à la protection de sources potentielles lorsqu’aucun renseignement n’a été échangé, car cela échappe à son objet. Si, par exemple, le procureur général souhaite empêcher la divulgation de l’existence d’une relation, il doit invoquer d’autres moyens.

[142] En outre, comme le soutient le demandeur, la règle des tiers est fondée sur le principe du droit de regard de la source des renseignements, et c’est la raison pour laquelle le consentement de l’organisme ou État d’origine doit être obtenu avant que des renseignements échangés ne puissent être communiqués. L’importance de ce principe a en fait été reconnue par l’OTAN lorsqu’elle a établi le Système de sécurité de l’Organisation du traité de l’Atlantique Nord, Bruxelles : Archives de l’OTAN, 1<sup>er</sup> décembre 1949. DC 2/1 : 4, où l’on peut lire ce qui suit :

[TRADUCTION] Les parties au Traité de l’Atlantique Nord . . . mettront tout en œuvre pour s’assurer qu’ils préservent les classifications de sécurité établies par une partie pour les renseignements dont cette partie est la source; elles protégeront en conséquence lesdits renseignements; . . . et elles s’abstiendront de les divulguer à une autre nation sans le consentement de leur source.

[143] D’autres conventions internationales auxquelles le Canada est partie reconnaissent aussi la nécessité d’obtenir le consentement de l’État d’origine avant que puissent être utilisés des renseignements confidentiels échangés. Ainsi, l’article 12, paragraphe 1 et l’article 12, paragraphe 3 de la Convention pour la répression du financement du terrorisme, entrée en vigueur le 10 avril 2002, dispose ainsi :

*Article 12*

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal investigations or criminal or extradition proceedings in respect of the offences set forth in article 2, including assistance in obtaining evidence in their possession necessary for the proceedings

...

3. The requesting Party shall not transmit or use information or evidence furnished by the requested Party for investigations, prosecutions or proceedings other than those stated in the request without the prior consent of the requested Party. [Emphasis mine.]

[144] Similarly, article 18, paragraph 19 and article 18, paragraph 20 of the UN Convention against Transnational Organized Crime, which entered into force September 29, 2003 state in a similar context that:

*Article 18. Mutual legal assistance*

...

19. The requesting State Party shall not transmit or use information or evidence furnished by the requested State Party for investigations, prosecutions or judicial proceedings other than those stated in the request without the prior consent of the requested State Party. Nothing in this paragraph shall prevent the requesting State Party from disclosing in its proceedings information or evidence that is exculpatory to an accused person. In the latter case, the requesting State Party shall notify the requested State Party prior to the disclosure and, if so requested, consult with the requested State Party. If, in an exceptional case, advance notice is not possible, the requesting State Party shall inform the requested State Party of the disclosure without delay.

20. The requesting State Party may require that the requested State Party keep confidential the fact and substance of the request, except to the extent necessary to execute the request. If the requested State Party cannot comply with the requirement of confidentiality, it shall promptly inform the requesting State Party. [Emphasis mine.]

[145] Clearly, the purpose of the third party rule is to protect and promote the exchange of sensitive information between Canada and foreign states or

*Article 12*

1. Les États Parties s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible pour toute enquête ou procédure pénale ou procédure d'extradition relative aux infractions visées à l'article 2, y compris pour l'obtention des éléments de preuve en leur possession qui sont nécessaires aux fins de la procédure.

[...]

3. La Partie requérante ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par la Partie requise pour des enquêtes, des poursuites pénales ou des procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de la Partie requise. [Non souligné dans l'original.]

[144] De même, l'article 18, paragraphe 19 et l'article 18, paragraphe 20 de la *Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée*, entrée en vigueur le 29 septembre 2003, dispose, dans un contexte semblable, que :

*Article 18. Entraide judiciaire*

[...]

19. L'État Partie requérant ne communique ni n'utilise les informations ou les éléments de preuve fournis par l'État Partie requis pour des enquêtes, poursuites ou procédures judiciaires autres que celles visées dans la demande sans le consentement préalable de l'État Partie requis. Rien dans le présent paragraphe n'empêche l'État Partie requérant de révéler, lors de la procédure, des informations ou des éléments de preuve à décharge. Dans ce dernier cas, l'État Partie requérant avise l'État Partie requis avant la révélation et, s'il lui en est fait la demande, consulte l'État Partie requis. Si, dans un cas exceptionnel, une notification préalable n'est pas possible, l'État Partie requérant informe sans retard L'État Partie requis de la révélation.

20. L'État Partie requérant peut exiger que l'État Partie requis garde le secret sur la demande et sa teneur, sauf dans la mesure nécessaire pour l'exécuter. Si l'État Partie requis ne peut satisfaire à cette exigence, il en informe sans délai l'État Partie requérant. [Non souligné dans l'original.]

[145] L'objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d'encourager l'échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou

agencies, protecting both the source and content of the information exchanged to achieve that end, the only exception being that Canada is at liberty to release the information and/or acknowledge its source if the consent of the original provider is obtained.

[146] In applying this concept to a particular piece of evidence however, the Court must be wary that this concept is not all encompassing. First, there is the question of whether or not Canada has attempted to obtain consent to have the information released. I would agree with the respondent that it is not open to the Attorney General to merely claim that information cannot be disclosed pursuant to the third party rule, if a request for disclosure in some form has not in fact been made to the original foreign source.

[147] Second, as noted by the Court in *Ottawa Citizen*, where a Canadian agency is aware of information prior to having received it from one or more foreign agencies, “the third party rule has no bearing”. In such a case the information should be released unless another valid security interest has been raised: *Ottawa Citizen*, above, at paragraph 66. By way of comparison, it can similarly be argued that where information is found to be publicly available before or after it is received from a foreign source, the third party rule equally has no bearing so long as it is the public source that is referenced.

[148] Third, as previously highlighted, the third party rule does not operate to protect the mere existence of a relationship between Canada and a foreign state or agency, absent the exchange of information in a given case.

[149] It seemed to me in reading the materials before the Court in the present case, that in some instances, the rule had been utilized beyond its proper scope by the redaction of any reference to a foreign agency even where it was apparent from the context which country and agency was involved and where there was no

organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l’unique exception étant que le Canada a toute latitude pour communiquer les renseignements et/ou pour faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu.

[146] Cependant, dans l’application de cette notion à tel ou tel élément de preuve, la Cour doit être consciente que cette notion n’englobe pas toutes les situations. D’abord, il faut se demander si le Canada a ou non tenté d’obtenir un consentement à la communication des renseignements. Je suis enclin à dire, comme le défendeur, qu’il n’est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de divulgation, sous une forme ou sous une autre, n’a pas été en fait présentée à la source étrangère.

[147] Deuxièmement, comme l’a signalé la Cour dans la décision *Ottawa Citizen*, lorsque l’organisme canadien a connaissance de renseignements avant de les avoir reçus d’un ou de plusieurs organismes étrangers, « la règle des tiers n’a aucune pertinence ». Dans ce cas, les renseignements doivent être communiqués, sauf si un autre intérêt légitime sur le plan de la sécurité a été invoqué : décision *Ottawa Citizen*, précité, au paragraphe 66. À titre de comparaison, on pourrait pareillement prétendre que, lorsque des renseignements sont de notoriété publique avant ou après leur réception d’une source étrangère, la règle des tiers n’a là non plus aucune pertinence dans la mesure où c’est la source publique qui est mentionnée.

[148] Troisièmement, comme je l’ai souligné plus haut, la règle des tiers n’a pas pour effet de protéger la simple existence d’une relation entre le Canada et l’État ou organisme étranger, en l’absence d’un échange de renseignements dans un cas donné.

[149] À la lecture des documents dont la Cour est saisie dans la présente affaire, il m’est apparu que, dans certains cas, on avait appliqué la règle au-delà de sa véritable portée en supprimant toute mention d’un organisme étranger, alors même que le contexte laissait clairement apparaître de quel pays ou organisme il

exchange of information which needed to be protected. This was apparent, for example, with respect to peripheral contacts with a foreign intelligence agency which insists that no mention is to be made of its involvement in the case, however marginal. Moreover, the notion of what constitutes a third party seems to have been confused on occasion with those holding the black pen extending it to information obtained from other Canadian agencies as opposed to their foreign counterparts or simply to mentions of the Canadian agency. This applies in particular to the involvement of CSIS.

[150] CSIS has acknowledged an investigative interest in the respondent up to his arrest on March 29, 2004, assistance and involvement with surveillance of his movements and their presence on the date of the RCMP search of his home. But those holding the black pens seem to have assumed that each reference to CSIS must be redacted from the documents even where there is no apparent risk of disclosure of sensitive information such as operational methods or investigative techniques or the identity of their employees. I acknowledge that there can be instances in which an informed reader will connect the dots to obtain such information but that does not apply in every case.

[151] There are multiple appearances in the materials, for example, of a table listing indices which had been periodically checked for information (documents 1009-1017, 1264, 1279) such as the Canadian Police Information Centre (CPIC). This table includes the law enforcement and intelligence sources that one would expect to see checked for information concerning a possible security threat to Canada. One would expect CSIS to be included and surprised if they were not. References to “CSIS” are the only third party rule claims on these pages. The witnesses could not satisfactorily explain to me how disclosure of that fact, obvious from the context, could cause injury to national security.

[152] The question of what efforts have been made to obtain consent to disclosure from foreign agencies where the third party principle was being invoked was

s’agissait et qu’aucun échange de renseignements ne justifiait la protection. C’était le cas par exemple pour les contacts périphériques avec un organisme de renseignement étranger qui insiste pour qu’il ne soit fait aucune mention de son rôle, fût-il marginal, dans le dossier. Par ailleurs, la notion de tiers semble avoir été embrouillée parfois, les censeurs l’étendant aux renseignements obtenus d’autres organismes canadiens par opposition à leurs homologues étrangers, ou simplement aux mentions de l’organisme canadien. Ce constat s’applique en particulier au rôle du SCRS.

[150] Le SCRS a reconnu s’être intéressé au défendeur jusqu’à son arrestation le 29 mars 2004, être intervenu dans la surveillance de ses allées et venues et avoir été présent lorsque la GRC a perquisitionné chez lui. Mais les censeurs semblent avoir postulé que chaque mention du SCRS devait être supprimée des documents alors même qu’il n’existait aucun risque évident de divulgation de renseignements sensibles, par exemple les modes opératoires ou techniques d’enquête ou encore l’identité des employés du SCRS. Je reconnais qu’il peut y avoir des cas où un observateur bien informé saura faire les rapprochements pour obtenir de tels renseignements, mais cela n’est pas toujours vrai.

[151] Ainsi, on trouve à de nombreux endroits dans les documents une table énumérant les indices qui avaient été sollicités périodiquement comme sources de renseignements (les documents 1009 à 1017, 1264, 1279), par exemple le Centre d’information de la police canadienne (CIPC). Cette table indique les organismes de renseignement ou les corps policiers dont on imaginerait qu’ils seront sollicités à cette fin concernant une possible menace pour la sécurité au Canada. On imaginerait que le SCRS y figurerait et l’on serait surpris qu’il n’y figure pas. Sur ces pages, les mentions du « SCRS » sont les seules à propos desquelles est alléguée la règle des tiers. Les témoins n’ont pas pu m’expliquer d’une manière satisfaisante en quoi la divulgation de ce fait, évident d’après le contexte, pourrait causer un préjudice à la sécurité nationale.

[152] La question de savoir quelles démarches ont été effectuées pour obtenir le consentement d’organismes étrangers à la divulgation lorsque la règle des tiers était

an issue of particular concern to me as I heard the *ex parte* and *in camera* evidence of witnesses from each of the concerned agencies. I pressed them repeatedly to describe the efforts and the responses received. I am satisfied from the evidence of the witnesses that good faith efforts were made and continue to be made to obtain such consent. It is my understanding that responses had been received from most agencies prior to the completion of the hearings confirming the positions earlier conveyed through the caveats attached to their information.

[153] Correspondence from a U.K. intelligence agency was filed with the Court. The correspondence referred to the information provided to their Canadian counterparts and explained in terms which I found reasonable why consent could not be given to its disclosure. This pertained to the continuing severe security threat to that country and to ongoing investigations. In another instance, a U.S. agency agreed during the hearing to the disclosure of a significant document that had been previously subject to a restrictive caveat.

[154] Accordingly, I am not prepared to find that the Attorney General has failed in his obligation to seek consent to the disclosure of relevant information that is subject to the third party rule. I note, however, that it remains open to the Attorney General at any time to exercise the discretion afforded him by section 38.03 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] to disclose information which is subject to the prohibition under subsection 38.02(1).

#### Other Evidentiary Considerations

[155] The importance of protecting international relations and its link with national security has been well recognized. For example, in *Ribic*, above at paragraph 27 the Federal Court of Appeal referred to “the fact that prejudice to international relations may be of such a nature and magnitude as to compromise national security or defence.” One can also clearly imagine how these concepts could be intertwined in the context of the

invoquée a présenté pour moi un intérêt particulier alors que j’ai entendu, *ex parte* et à huis clos, les dépositions de témoins de chacun des organismes concernés. Je les ai pressés à maintes reprises d’exposer les moyens pris et les réponses obtenues. Je conclus, eu égard aux dépositions des témoins, que des efforts de bonne foi ont été faits et continuent d’être faits pour obtenir tel consentement. Je crois comprendre que des réponses avaient été reçues de la plupart des organismes, avant l’achèvement des audiences, qui confirmaient les positions communiquées auparavant par les réserves annexées à leurs renseignements.

[153] La correspondance reçue d’un organisme de renseignement du Royaume-Uni a été déposée auprès de la Cour. Elle se référait aux renseignements communiqués à ses homologues canadiens et expliquait, en des termes que j’ai trouvés raisonnables, les raisons pour lesquelles le consentement à leur divulgation ne pouvait pas être donné. Les raisons données étaient les graves et persistantes menaces pour la sécurité de ce pays, et certaines enquêtes en cours. Dans un autre cas, un organisme de renseignement des États-Unis avait consenti durant l’audience à la divulgation d’un document important qui avait été auparavant assorti d’une réserve.

[154] Je ne suis donc pas disposé à dire que le procureur général a manqué à son obligation d’obtenir le consentement à la divulgation des renseignements qui sont sujets à la règle des tiers. Je relève cependant qu’il reste loisible au procureur général, à tout moment, d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’article 38.03 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et d’autoriser la divulgation de renseignements qui sont visés par l’interdiction du paragraphe 38.02(1).

#### Autres considérations concernant la preuve

[155] L’importance de protéger les relations internationales et leur lien avec la sécurité nationale est bien reconnue. Ainsi, au paragraphe 27 de l’arrêt *Ribic*, précité, la Cour d’appel fédérale évoquait « le fait que le préjudice pour les relations internationales peut présenter un caractère et une ampleur de nature à mettre en péril la sécurité nationale ou la défense nationale ». On peut aussi imaginer sans peine la manière dont ces



same documentary material.

[156] There is also ample support for the position that the disclosure of information such as the identity of targets of investigations, the identity of sources, the identification of means and methods, the identification of those involved, and in some cases whether or not an investigation is being carried out, can all reasonably lead to the conclusion that an injury to national security could result if such information was disclosed: *Kempo*, above at paragraph 88-91; see also: *Gold v. R.*, [1986] 2 F.C. 129 (C.A.), at page 139 (*Gold*) and *Henrie*, at paragraphs 29-31. Recognizing the force of this position, the respondent has made it clear that he is not interested in the disclosure of this type of information.

[157] I must also ensure that there is a sound evidentiary basis to every claim, though a considerable amount of deference is owed to the opinion of the Attorney General with respect to the nature of the injury that would result from disclosure in light of the Attorney General's protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public, and though I must accept his assessment of the injury where it is reasonable: *Ribic*, above, at paragraphs 18-19.

[158] In addition, as was noted by the Supreme Court of Canada in *Ruby*, at paragraph 27: “[i]n all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representations that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld”. As was further noted in *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), at paragraph 153 “[t]he principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice”, see also: *Khawaja*, above at paragraph 22. The Attorney General is therefore under an obligation to ensure that the information presented to the Court is complete, and that due diligence has been met with respect to ensuring that the privileges are properly claimed.

[159] Counsel for the applicant devoted a considerable amount of time with the witnesses during

notions pourraient s’entremêler lorsqu’elles sont présentes dans les mêmes documents.

[156] Il y a tout lieu de croire aussi que la divulgation de renseignements concernant par exemple l’identité des cibles des enquêtes, l’identité des sources, l’indication de moyens et méthodes, l’indication des personnes concernées et, dans certains cas, le point de savoir si une enquête est ou non en cours, peut fort bien justifier la conclusion qu’un préjudice à la sécurité nationale risque de résulter de la divulgation de tels renseignements : décision *Kempo*, précitée, aux paragraphes 88 à 91; voir aussi l’arrêt *Gold c. R.*, [1986] 2 C.F. 129 (C.A.), à la page 139 (l’arrêt *Gold*) et la décision *Henrie*, aux paragraphes 29 à 31. Reconnaisant la force de cette position, le défendeur a précisé qu’il ne recherche pas la divulgation de ce genre de renseignements.

[157] Je dois aussi m’assurer que chaque revendication repose sur une preuve tangible, encore qu’il faille faire preuve d’une déférence considérable à l’égard de l’avis du procureur général quant à la nature du préjudice qui résulterait d’une divulgation, vu son obligation de préserver la sécurité du public, et encore que je doive accepter l’évaluation qu’il fait du préjudice si telle évaluation est raisonnable : arrêt *Ribic*, précité, aux paragraphes 18 et 19.

[158] En outre, comme l’a signalé la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ruby*, au paragraphe 27 : « la partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l’obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt ». Comme l’a aussi signalé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), au paragraphe 153 : « [l]e principe de la divulgation complète et fidèle dans les procédures *ex parte* est un principe de justice fondamentale »; voir aussi la décision *Khawaja*, précité, au paragraphe 22. Le procureur général a donc l’obligation de s’assurer que les renseignements présentés à la Cour sont complets et que la diligence requise a été exercée pour invoquer les privilèges.

[159] L’avocat du demandeur a consacré un temps considérable avec les témoins, au cours des audiences,

the hearings reviewing the claims. In this process, some information was found to have been misidentified and classified under the wrong claim heading. With respect to six documents, no section 38 claims were found at all. Counsel responded to all of the questions raised by the Court and a witness was recalled to address inconsistencies in the documents and the affidavit evidence.

[160] Due diligence also means taking steps to ensure that the information over which a claim is asserted under section 38, is not already publicly available. In the context of this case, the question was largely whether the information at issue had been disclosed at the U.K. trial and was therefore in the public domain. At the outset of this proceeding, I had assumed that to be the case. As my understanding of the information at issue increased, it became evident that this was not going to be a significant factor. I would stress again, however, that the respondent is already in possession of the key evidence introduced against the Crevice defendants through the disclosure process.

[161] The Attorney General provided *ex parte* evidence that certain information which had been disclosed by the U.K. authorities to their Canadian counterparts had not been introduced at the London trial and indeed, had not been disclosed to the prosecution team in that case as it was not relevant to the particulars of the offences charged, notably the timeframe. It also became apparent that much if not most of the information constitutes intelligence that while shared with other countries, had been protected at source, was not admissible evidence and had not been publicly disclosed by the originator.

[162] I would also note that it was open to the respondent to provide evidence or submissions to the Court as to what had been publicly disclosed abroad had he been in possession of that information. That was not done, as counsel said during oral argument, due to a lack of resources. The Attorney General does not, of course, suffer from the same financial constraints. Nonetheless,

à l'examen des privilèges invoqués. Il a alors constaté que certains renseignements avaient été erronément désignés, et classés sous la mauvaise rubrique des privilèges invoqués. Pour six documents, aucun privilège fondée sur l'article 38 n'apparaissait. L'avocat a répondu à toutes les questions posées par la Cour, et un témoin a été rappelé à la barre pour dissiper les contradictions apparaissant dans les documents et dans la preuve par affidavit.

[160] La diligence requise signifie aussi le fait de prendre des mesures pour s'assurer que les renseignements à l'égard desquels un privilège est invoqué en vertu de l'article 38 ne sont pas déjà de notoriété publique. En l'espèce, il s'agissait principalement de savoir si les renseignements en cause avaient été divulgués lors du procès tenu au Royaume-Uni et étaient donc de notoriété publique. Au début de la présente instance, j'ai postulé que tel était le cas. À mesure que je me familiarisais davantage avec les renseignements en cause, il devint évident que cela n'allait pas être un facteur important. Je souligne à nouveau cependant que le défendeur est déjà en possession des preuves essentielles déposées contre les défendeurs Crevice au cours du processus de divulgation.

[161] Le procureur général a produit une preuve *ex parte* selon laquelle certains renseignements qui avaient été divulgués par les autorités britanniques à leurs homologues canadiennes n'avaient pas été déposés à Londres, et même n'avaient alors pas été communiqués aux avocats de la poursuite parce qu'ils ne touchaient pas les détails des accusations portées, notamment les délais. Il est également devenu évident qu'un bon nombre des renseignements, sinon la plupart, sont des renseignements qui, bien qu'échangés avec d'autres pays, avaient été protégés à la source, n'étaient pas des preuves recevables et n'avaient pas été publiquement divulgués par l'organisme d'origine.

[162] Je relève aussi qu'il était loisible au défendeur de présenter des preuves ou des arguments à la Cour sur ce qui avait été publiquement divulgué à l'étranger s'il avait été en possession de tels renseignements. Cela n'a pas été fait, comme l'a dit son avocat durant les débats, par manque de moyens. Le procureur général ne souffre pas évidemment des mêmes contraintes financières.

I am satisfied that the Attorney General did not seek to protect evidence that was introduced and made public in the U.K. proceedings. Evidence from that case that is material to the charges against him has been disclosed to the respondent.

### (3) Balancing of public interests

[163] As previously noted, the third step of the test consists of determining whether the public interest in disclosure outweighs the importance of the public interest in non-disclosure, and it is the party seeking disclosure that bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour: *Ribic*, above, at paragraph 21. This assessment is made on a case-by-case basis.

[164] There is clearly a public interest in maintaining the confidentiality of the information at issue, particularly in the context of national security. As was similarly found by the Court in *Kempo*, at paragraph 110:

As to the nature of the public interest sought to be protected, the redacted information relates to how CSIS, Canada's intelligence service, operates. Clearly, as I have found, such disclosure is injurious to the public interest. I adopt the words chosen by Justice MacKay in *Singh (J.B.) v. Canada (Attorney General)*, [2000] F.C.J. No. 1007, a case where the R.C.M.P. Public Complaints Commission sought disclosure of documents related to the 1997 APEC Conference. Justice MacKay, at paragraph 32, stated:

The public interest served by maintaining secrecy in the national security context is weighty. In the balancing of public interests here at play, that interest would only be outweighed in a clear and compelling case for disclosure. [Some emphais added.]

[165] The Court in *Kempo* ultimately found that the importance of disclosing the redacted information did “not outweigh the public interest in keeping that information from disclosure”: above, at paragraph 109. The Court stated further that the case for disclosure had

Néanmoins, je suis d’avis que le procureur général n’a pas cherché à protéger des preuves qui avaient été produites et rendues publiques dans l’instance engagée au Royaume-Uni. Les preuves issues de cette l’instance qui présentent de l’importance pour les accusations portées contre le défendeur ont été communiquées au défendeur.

### 3) Mise en balance des intérêts publics

[163] Comme je l’ai dit plus haut, la troisième étape du critère consiste à poser la question de savoir si les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation, et c’est à la partie qui demande la divulgation qu’il appartient de prouver que l’intérêt public milite en sa faveur : arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 21. Cette appréciation est faite au cas par cas.

[164] Il y a manifestement un intérêt public dans la préservation de la confidentialité des renseignements en cause, en particulier en matière de sécurité nationale. Comme l’a observé également la Cour dans la décision *Kempo*, au paragraphe 110 :

En ce qui concerne la nature de l’intérêt public dont on demande la protection, les renseignements supprimés ont trait à la manière dont fonctionne le SCRS, le service de renseignement canadien. Comme je l’ai constaté, il est manifeste que les divulgations de ce genre sont contraires à l’intérêt public. J’abonde, au mot près, dans le sens du juge MacKay dans *Singh (J.B.) c. Canada (Procureur général)*, [2000] ACF n° 1007; dans cette affaire, la Commission des plaintes du public contre la GRC demandait la divulgation de documents ayant trait à la conférence de l’APEC de 1997. Le juge MacKay a fait l’observation suivante au paragraphe 32 :

L’intérêt public lié au maintien du secret dans le contexte de la sécurité nationale est très important. Lors de l’évaluation des différents intérêts publics en jeu en l’espèce, seule une situation exigeant indéniablement et impérieusement la communication l’emporterait sur cet intérêt. [Certains soulignements sont ajoutés.]

[165] Au paragraphe 109 de la décision *Kempo*, précitée, la Cour a finalement conclu que les raisons qui justifiaient la divulgation des renseignements supprimés « ne l’emport[aient] pas [sur les raisons] qui justifia[ient] la non-divulgation ». La Cour a aussi

been measured “by factors such as whether the redacted information would provide evidence which would assist the plaintiff to prove a fact crucial to his claim; whether there exists alternative ways of proving the plaintiff’s case without disclosing the injurious information and how serious . . . the issue being litigated” was: *Kempo*, above, at paragraph 111. In the Court’s assessment, none of those factors favoured the disclosure of the information to the plaintiff.

[166] In the present case, the respondent acknowledged that the nature of the public interests sought to be protected in the present case are national security and international relations but argued that these interests must be juxtaposed against the corresponding rights of the accused to make full answer and defence and to have a fair trial. According to the respondent, there can be no comparison between Charter protected rights and the government’s objective of national security. As such, where a section 38 application operates in the criminal-law context, the Court must give greater weight to the constitutionally protected rights. While I agree with the respondent that his fair trial rights are an important factor, I do not accept that they “trump” national security or international relations in every case particularly where, as here, it is not at all clear that there would be any infringement of the right to make full answer and defence by non-disclosure of this information.

[167] Beyond noting that whether the evidence in question will “probably establish a fact crucial to the defence” is but one factor to be considered, little further argument was offered by the respondent to explain how the information at issue would assist him with presenting a defence at trial. Is it of note that it was open to the respondent to seek the leave of the Court to present *ex parte* evidence in his own right to address this issue, however he chose not to exercise this option.

[168] The respondent emphasizes that the charges against him are very serious, and upon conviction,

signalé, au paragraphe 111, que la justification de la divulgation avait été appréciée « en fonction des facteurs suivants : les renseignements supprimés fourniraient-ils des éléments de preuve qui aideraient M. Kempo à prouver un fait important relatif à ses prétentions? M. Kempo dispose-t-il d’autres voies pour prouver ses allégations sans qu’il soit nécessaire de divulguer les renseignements préjudiciables? La question en litige est-elle grave? » De l’avis de la Cour, aucun de ces facteurs ne militait en faveur de la divulgation des renseignements au demandeur.

[166] En l’espèce, le défendeur reconnaît que les intérêts publics que l’on veut protéger sont la sécurité nationale et les relations internationales, mais il fait valoir que ceux-ci doivent être mis en balance avec les droits correspondants de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et de subir un procès équitable. Selon le défendeur, on ne saurait comparer les droits protégés par la Charte et l’objectif du gouvernement d’assurer la sécurité nationale. Ainsi, lorsque la demande visée par l’article 38 est présentée dans le cadre du droit pénal, la Cour doit accorder davantage de poids aux droits qui sont garantis par la Constitution. Je conviens avec le défendeur que son droit à un procès équitable constitue un facteur important, mais je ne crois pas qu’il éclipse systématiquement la sécurité nationale ou les relations internationales, surtout lorsque, comme c’est le cas ici, il n’est pas du tout évident qu’il y aurait atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière parce que ces renseignements n’ont pas été divulgués.

[167] Le défendeur a signalé que la question de savoir si les preuves en cause seront « susceptibles d’établir un fait crucial pour la défense » n’est que l’un des facteurs pertinents, mais il n’a guère avancé d’autres arguments pour expliquer en quoi les renseignements en cause l’aideraient à présenter sa défense à son procès. Est-il besoin de signaler qu’il était loisible au défendeur d’obtenir l’autorisation de la Cour de produire de son propre chef une preuve *ex parte* à cet égard? Il a toutefois décidé de ne pas se prévaloir de cette possibilité.

[168] Le défendeur souligne que les charges portées contre lui sont très graves et que, s’il est déclaré

would almost certainly result in a lengthy period of imprisonment. As such, the respondent asserts, correctly in my view, that this factor favours him.

[169] Having not seen the information, the respondent states he cannot comment on whether its admissibility should be a relevant factor. To the extent that any of the information is not directly admissible, the respondent asserts that it will undoubtedly at minimum provide a useful basis for cross-examination of various Crown witnesses in a trial where the reliability and credibility of the Crown witnesses will be a central issue. As I have observed above, this is a dubious proposition. With the possible exception of the Mr. Babar material, it is not at all clear to me from my detailed review of the information that it will be of assistance to the respondent for the purpose of cross-examination. With regard to Mr. Babar, I question whether the abstracts of the FBI interview notes could serve as a proper basis for cross-examination. In any event, the respondent has available to him the lengthy summary of those notes, which I have found to be accurate, complete and not inconsistent with the abstracts, Mr. Babar's statement to the police and his testimony at the U.K. trial.

[170] The respondent further highlights that the main obligation rests on the Crown to demonstrate that other reasonable ways to get the information have been tried, such as obtaining consent from third parties and/or ensuring that the information is not already available publicly. I have discussed this factor above in relation to the evidence tendered in the *ex parte* hearings.

[171] The respondent asserts that this proceeding can hardly be considered a general discovery or fishing expedition as the prosecutor has conceded the relevance of the information. As noted, this concession has to be interpreted as general in nature and not specific to each item of information.

[172] During oral argument the Court requested what further assistance the respondent could provide to the

coupable, elles entraîneraient pour lui presque certainement une longue période d'emprisonnement. Ainsi donc, le défendeur dit, et avec raison à mon avis, que ce facteur milite en sa faveur.

[169] Le défendeur soutient que, n'ayant pas vu les renseignements, il lui est impossible de dire si leur recevabilité doit être un facteur pertinent. Dans la mesure où ces renseignements ne sont pas directement recevables, le défendeur affirme que, à tout le moins, ils constitueront sans aucun doute une base utile pour le contre-interrogatoire de divers témoins de la Couronne dans un procès où il sera essentiel de vérifier que les témoins de la Couronne sont dignes de foi et crédibles. Comme je l'ai fait observer ci-dessus, c'est là une affirmation douteuse. À l'exception possible des documents M. Babar, il ne me paraît pas du tout évident, après avoir fait un examen détaillé des renseignements, qu'ils seront utiles au défendeur pour des contre-interrogatoires. S'agissant de M. Babar, je me demande si les comptes rendus des notes d'entrevue du FBI pourraient servir de point de départ à des contre-interrogatoires. En tout état de cause, le défendeur dispose du long résumé des notes en question, résumé que j'ai constaté être exact, complet et fidèle aux comptes rendus, de la déclaration de M. Babar à la police et de son témoignage au procès tenu au Royaume-Uni.

[170] Le défendeur souligne aussi que c'est surtout la Couronne qui est tenue de prouver que d'autres moyens raisonnables d'obtenir les renseignements ont été étudiés, par exemple obtenir le consentement de tiers et/ou s'assurer que les renseignements ne sont pas déjà de notoriété publique. J'ai examiné ce facteur plus haut, à propos de la preuve produite dans les audiences *ex parte*.

[171] Le défendeur soutient que la présente instance peut difficilement être assimilée à un processus de communication générale ou à une enquête à l'aveuglette, puisque le poursuivant a admis la pertinence des renseignements. Comme je l'ai dit, je suis d'avis qu'il s'agit d'une admission à caractère général, et qui ne se rapporte pas à chaque élément de renseignement.

[172] Durant les débats, la Cour a demandé au défendeur de dire quelle aide supplémentaire il pouvait

Court, to assist the Court in understanding what types of information he felt would be useful to him in the criminal trial, and in determining what approach the Court should take in assessing the information.

[173] The respondent suggested that the Court utilize the V-codes which appear in the first version of the volumes. As discussed above, I have found that the V-codes are not a consistently accurate guide to the nature of the privilege claims.

[174] For those redactions that concern matters solely of investigative technique, the name of an informant, or the name of an operative, the respondent reiterated that these redactions could be excluded from consideration. So too could items clearly falling solely under section 37 claims. With respect to the remaining redactions, those which were claimed solely or in part on the basis of national security, international relations, the third party rule and so on, the respondent argued that before the Court considered the substance of the document, the Court must first assess whether there was any evidence supporting the rationale claimed. If the burden was not met, there was no need to go any further. It was only if anything remained after all these considerations were taken into account that the Court would even need to turn its mind to the balancing test.

[175] With respect to the material witness Mr. Babar, the Court asked if there was particular information that the respondent would be interested in receiving. The Court invited further written submissions on the subject, though none were provided. Orally, the respondent stated that it had been confirmed that this individual had met with police officials from the United States, Canada and England for a number of days with no video or audio recordings being made. The respondent highlighted that this was a “tremendous concern.” He further noted that the specifics of the “compensation package” that had been offered was also being withheld. He stated that these issues went to the credibility of a key witness, a witness that the Crown proposed to call first in the trial. The respondent therefore requested that if there was any documentation at all amongst the 506

lui apporter, afin qu’elle puisse savoir quels genres de renseignements lui seraient, selon lui, utiles dans le procès pénal, et qu’elle puisse dire quelle approche elle devrait adopter pour évaluer les renseignements.

[173] Le défendeur a proposé à la Cour d’utiliser les codes V qui apparaissent dans la première version des volumes. Comme il est indiqué plus haut, j’ai conclu que les codes V ne sont pas un guide toujours fidèle d’évaluation de la nature des privilèges invoqués.

[174] Pour les suppressions qui concernent uniquement la technique d’enquête, le nom d’un indicateur, ou le nom d’un agent, le défendeur a répété que ces suppressions pouvaient être exclues de l’examen. Pouvaient aussi être exclues les suppressions relevant manifestement des privilèges invoqués en vertu de l’article 37. En ce qui concerne les autres suppressions, celles qu’on a voulu justifier, en totalité ou en partie, sur le fondement de la sécurité nationale, celui des relations internationales, celui de la règle des tiers, et ainsi de suite, le défendeur a fait valoir que, avant que la Cour n’étudie le document au fond, elle doit d’abord poser la question de savoir si une preuve a été apportée à l’appui de la justification invoquée. Si la preuve en question n’était pas apportée, il n’était pas nécessaire d’aller plus loin. Ce n’est que si quelque chose subsistait après la prise en compte de tous ces facteurs que la Cour serait tenue d’examiner le critère de la mise en balance des intérêts publics.

[175] S’agissant du témoin important qu’est M. Babar, la Cour a demandé s’il y avait des renseignements particuliers que le défendeur voudrait obtenir. La Cour a invité les parties à présenter d’autres arguments à ce sujet, mais aucune ne l’a fait. Le défendeur a dit qu’il avait été confirmé que cet individu s’était entretenu avec des policiers des États-Unis, du Canada et de l’Angleterre durant plusieurs jours, sans aucun enregistrement sonore ou vidéo. Le défendeur a souligné que c’était là une « préoccupation considérable ». Il a aussi relevé que la communication des détails de l’« indemnisation globale » qui avait été offerte avait, elle aussi, été refusée. Il a dit que ces aspects touchaient la crédibilité d’un témoin clé, un témoin que la Couronne se proposait de citer en premier au procès. Le défendeur a donc demandé que, si, parmi

documents at issue that in any way related to what the authorities did with this man, particularly with respect to what they promised him and what they had delivered to him so far, then he would like to have that information.

[176] The respondent confirmed he had the transcript relating to Mr. Mr. Babar's plea, as well as the summary of a series of interviews conducted with the witness in New York City. When asked what else the respondent wanted, he reiterated that he wanted to know what was promised to the witness. The respondent further stated that the summary and plea were not enough. He also wanted to know what documentation had been put before this individual during the nine or ten days he was in police custody.

[177] The plea agreement with the U.S. Attorney's office referred to above indicates that the U.S. Attorney undertook to seek a departure from the normal sentencing guidelines that would apply to the charges to which Mr. Babar pleaded guilty and would support his entry into the U.S. witness protection program in exchange for his pleas and his testimony. From my review of the 23 volumes before the Court, there is no information which the Attorney General seeks to protect that would describe any other formal or informal arrangements entered into between the U.S. authorities and Mr. Babar. Similarly, the terms under which he was granted immunity to testify in the U.K., or presumably in Canada, are not included in the redacted information before the court.

[178] As was noted by the Court in *Canada v. Singh*, 2002 FCT 460, at paragraph 9 (*Singh*) it is not enough for the respondent to simply assert a public interest in having a fair and equitable trial. The assessment required by section 38 of the Act requires that each party present his point of view and support it, if necessary, with appropriate evidence.

[179] In the present case the respondent has not provided the Court with much assistance in performing

les 506 documents en cause, il y en avait qui, d'une manière ou d'une autre, se rapportaient à ce que les autorités avaient conclu avec cet homme, et surtout à ce qu'elles lui avaient promis et à ce qu'elles lui avaient remis jusqu'à maintenant, alors il voudrait obtenir les documents en question.

[176] Le défendeur a confirmé qu'il avait la transcription se rapportant au plaidoyer de M. M. Babar, ainsi que le sommaire d'une série d'entrevues menées avec le témoin à New York. Prié de dire ce qu'il voulait d'autre, il a répété qu'il voulait savoir ce qui avait été promis au témoin. Il a dit également que le sommaire et le plaidoyer ne suffisaient pas. Il voulait aussi savoir quels documents avaient été présentés à cet individu au cours des neuf ou dix jours qu'il avait passés sous garde policière.

[177] L'accord de plaidoyer conclu avec le cabinet du procureur des États-Unis, et mentionné plus haut, précise que le procureur des États-Unis a entrepris d'obtenir une dérogation aux lignes directrices habituelles en matière de détermination de la peine, dérogation qui s'appliquerait aux accusations auxquelles M. Babar avait plaidé coupable et qui favoriserait son admission dans le programme américain de protection des témoins, en échange de ses plaidoyers et de son témoignage. Mon examen des 23 volumes remis à la Cour n'a pas laissé apparaître de renseignements que le procureur général voudrait protéger et qui feraient état d'autres ententes, formelles ou non, conclues entre les autorités américaines et M. Babar. De même, les conditions auxquelles M. Babar a obtenu l'immunité pour témoigner au Royaume-Uni, ou sans doute au Canada, ne figurent pas dans les renseignements supprimés qui ont été soumis à la Cour.

[178] Ainsi que l'a souligné la Cour dans la décision *Canada c. Singh*, 2002 CFPI 460, au paragraphe 9 (la décision *Singh*), il ne suffit pas au défendeur d'alléguer simplement l'intérêt public dans la tenue d'un procès juste et équitable. L'appréciation exigée par l'article 38 de la Loi oblige chacune des parties à présenter son point de vue et, au besoin, à produire les preuves suffisantes à l'appui.

[179] En l'espèce, le défendeur n'a guère aidé la Cour à remplir sa mission. Il a été difficile en particulier de

its task. It has been difficult in particular to assess what information, if any would “probably establish a fact crucial to the defence” as the respondent has not shared any information with the Court as to what his defence or defences might be, apart from what was noted above. This is a factor to consider at the balancing stage of the test, particularly in light of the significance of releasing information which has passed the second stage of the test.

## CONCLUSIONS

[180] In reviewing the information which the Attorney General seeks to protect, I have considered whether: (a) the respondent has met his onus of demonstrating the relevance of the information in the sense that it may reasonably be useful to the defence; (b) the applicant has met his onus of demonstrating that disclosure of the information would cause the alleged and feared injury with factual evidence and on a reasonableness standard; and (c) where I have found that injury has been established, that the respondent has met his onus of showing that the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure.

[181] I wish to stress, as was stated by my colleague Justice Blanchard in *Ribic*, at paragraph 22 of his reasons, in every section 38 application “I am of the view that the Court may consider different factors in balancing the competing public interests” and that “[t]he breadth of the factors may well vary from case to case.”

[182] As previously noted, notwithstanding the prosecutor’s concession that the information is *Stinchcombe* relevant, there is a considerable amount of information in the documents that is immaterial to the case against the respondent and will not reasonably be useful to his defence. Accordingly, I have determined that the respondent has not met his onus to demonstrate the relevance of that information and I will confirm the prohibition of disclosure.

savoir quels renseignements, le cas échéant, seraient « susceptibles d’établir un fait crucial pour la défense », puisque le défendeur n’a pas échangé de renseignements avec la Cour sur ce que sa défense, ou ses défenses, pourraient être, à part ce qui a été mentionné plus haut. C’est là un facteur à prendre en compte à l’étape du critère qui concerne la mise en balance des intérêts publics, compte tenu de l’importance de communiquer des renseignements qui ont franchi la deuxième étape du critère.

## CONCLUSIONS

[180] Lors de mon examen des renseignements dont le procureur général sollicite la protection, je me suis penché sur les questions suivantes : a) le défendeur s’est-il acquitté de son obligation de prouver la pertinence des renseignements, en ce sens qu’ils pourraient raisonnablement être utiles pour la défense; b) le demandeur s’est-il acquitté de son obligation de raisonnablement prouver, faits à l’appui, que la divulgation des renseignements causerait le préjudice allégué et appréhendé; c) lorsque je suis arrivé à la conclusion que le préjudice a été établi, le défendeur s’est-il acquitté de son obligation de prouver que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation?

[181] Je voudrais souligner, comme l’observait mon collègue le juge Blanchard dans la décision *Ribic*, au paragraphe 22 de ses motifs, que, dans chaque demande relevant de l’article 38, « je suis d’avis que la Cour peut tenir compte de différents facteurs en soupesant les diverses raisons d’intérêt public » et que « [l]’étendue des facteurs peut bien varier d’un cas à l’autre ».

[182] Comme je l’ai dit plus haut, il y a dans les documents, et cela en dépit de l’admission du poursuivant selon laquelle les renseignements sont pertinents au sens de la jurisprudence *Stinchcombe*, une quantité considérable de renseignements qui ne concernent pas les charges qui pèsent contre le défendeur et qui ne seront pas raisonnablement utiles pour sa défense. Par conséquent, je suis d’avis que le défendeur ne s’est pas acquitté de son obligation de prouver la pertinence de ces renseignements, et je confirmerai l’interdiction de divulgation.



[183] With respect to the witness Mr. Babar, I am satisfied that document 6883 is a fair and accurate rendition of the content of the FBI interview notes in so far as they relate to Operation Crevice and to the respondent's alleged involvement in that conspiracy. The information excluded from the content of those notes relates to other ongoing investigations and is neither exculpatory nor contradictory to what is contained in document 6883. The Attorney General's decision to protect the FBI documents is reasonable in these circumstances and the public interest in their non-disclosure outweighs the respondent's interest in their release particularly as the information relevant to the respondent is available to him in another form.

[184] Regarding certain other information in the documents, some of which I have described above, I am satisfied that no injury has been demonstrated by the applicant. Those documents will be identified in the order to follow and will be ordered disclosed to the respondent subject to any other claims of privilege which the Crown may assert before the trial Court.

[185] I conclude that the Attorney General has met the onus upon him to establish that the disclosure of most of the information at issue would be injurious to national security or to international relations. This includes certain information which has been inadvertently disclosed to the respondent and is currently in the possession of his counsel. As such, this information will be restricted from further disclosure.

[186] However, I have also concluded that in the particular context of this application where the respondent faces serious criminal charges for which he could receive a lengthy sentence of imprisonment should he be convicted the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure to the extent that it would be appropriate to provide a summary of the information as contemplated by subsection 38.06(2) of the Act.

[187] Accordingly, I will provide a summary in the form of a schedule to my order which will list each of

[183] En ce qui concerne le témoin M. Babar, je conclus que le document 6883 est un compte rendu objectif et exact du contenu des notes d'entrevue du FBI dans la mesure où elles se rapportent à l'Opération Crevice et au rôle présumé du défendeur dans ce complot. Les renseignements exclus du contenu de telles notes concernent d'autres enquêtes en cours et ne sont pas de nature à le disculper, et ils ne contredisent pas ce qui figure dans le document 6883. La décision du procureur général de protéger les documents du FBI est raisonnable dans les circonstances, et les raisons d'intérêt public qui justifient leur non-divulcation l'emportent sur le droit du défendeur à leur divulgation, d'autant que les renseignements qui touchent le défendeur lui sont accessibles sous une autre forme.

[184] S'agissant de certains autres renseignements figurant dans les documents, que j'ai exposés en partie plus haut, je conclus qu'aucun préjudice n'a été prouvé par le demandeur. Ces documents seront désignés dans l'ordonnance à suivre et leur divulgation au défendeur sera ordonnée, sous réserve des autres privilèges que la Couronne pourra invoquer devant le juge du procès.

[185] Je conclus que le procureur général s'est acquitté de son obligation d'établir que la divulgation de la plupart des renseignements en cause serait préjudiciable à la sécurité nationale ou aux relations internationales. Cela vise notamment certains renseignements qui ont été divulgués par inadvertance au défendeur et qui sont actuellement en la possession de son avocat. Ces renseignements seront donc soustraits à toute autre divulgation.

[186] Cependant, je conclus aussi que, dans le contexte particulier de la présente demande, où le défendeur doit répondre à de graves accusations au pénal pour lesquelles il pourrait être condamné à une longue peine d'emprisonnement s'il est déclaré coupable, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulcation, dans la mesure où il serait judicieux de lui remettre un résumé des renseignements ainsi que le prévoit le paragraphe 38.06(2) de la Loi.

[187] Par conséquent, je produirai un résumé prenant la forme d'une annexe jointe à mon ordonnance, annexe

the documents, the pages on which the section 38 redactions are to be found, a brief description of the subject-matter, the grounds upon which the Attorney General has based his claims for protection and my decisions with respect to whether further disclosure is authorized or not for each item. The schedule will be released to counsel for the parties, subject to the condition that its use be limited to the criminal proceedings as required and that it not be further disclosed. The order will include a direction that the schedule be made available to the prosecutor and to the trial Judge should it prove necessary for the trial Court to consider whether the respondent's fair trial rights have been infringed as a result of this process.

qui énumérera tous les documents, les pages sur lesquelles se trouvent les suppressions en application de l'article 38, une brève description de l'objet, les moyens invoqués par le procureur général pour justifier les protections qu'il sollicite, enfin mes décisions portant sur la question de savoir si une divulgation additionnelle est autorisée ou non pour chacun des documents. L'annexe sera communiquée aux avocats des parties, sous réserve que son utilisation devra se limiter aux procédures pénales dans la mesure où elle sera nécessaire et sous réserve qu'elle ne soit pas divulguée davantage. L'ordonnance comprendra une directive précisant que l'annexe devra être mise à la disposition du poursuivant et du juge de première instance au cas où il deviendrait nécessaire qu'il vérifie si, en raison de ce processus, il a été porté atteinte au droit du défendeur à un procès équitable.