

DES-6-08
2010 FC 1084

DES-6-08
2010 CF 1084

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA);

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR);

AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;

ET le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale du Canada en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;

AND IN THE MATTER OF MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH

ET MAHMOUD ES-SAYYID JABALLAH

INDEXED AS: JABALLAH (RE)

RÉPERTORIÉ : JABALLAH (RE)

Federal Court, Aalto P.—Toronto, September 17; Ottawa, November 3, 2010.

Cour fédérale, protonotaire Aalto—Toronto, 17 septembre; Ottawa, 3 novembre 2010.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion for production of documentation from Canada Border Services Agency (CBSA), Canadian Security Intelligence Service (CSIS) regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications, of collateral documentation created thereby arising from review of such communications — Jaballah released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — CSIS officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Principal issues whether release order authorizing CBSA, CSIS to intercept Jaballah's solicitor-client communications; if not, whether solicitor-client privilege breached herein — When release order granted, CBSA not given open invitation to intercept, monitor solicitor-client communications — Clear, unmistakable terms in release order needed to infringe Jaballah's solicitor-client privilege — Possession of intercepts by CBSA, CSIS sufficient to establish breach of solicitor-client communications in present case — Since breach established, onus on ministers to show breach not prejudicing Jaballah — Release order not legitimizing ministers' possession of solicitor-client information — Breach entitling Jaballah to disclosure of secondary documents but only to extent necessary to ensure fairness of proceedings thereagainst — Motion granted.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête visant la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications — M. Jaballah a été remis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah et, si ce n'est pas le cas, s'il y a eu atteinte au privilège des communications entre avocat et client en l'espèce — Lorsque l'ordonnance de mise en liberté a été rendue, elle ne donnait pas à l'ASFC toute latitude pour intercepter et surveiller les communications avocat-client — Il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté soit libellée en termes clairs et non équivoques pour enfreindre le privilège des communications avocat-client de M. Jaballah — La simple possession des interceptions par l'ASFC et le SCRS suffisait à constituer une violation du privilège des communications avocat-client en l'espèce — Puisque la violation avait été établie, il appartenait aux ministres de démontrer que cette violation n'a causé à M. Jaballah aucun préjudice — L'ordonnance de mise en liberté ne légitimait en rien la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Jaballah seeking production of documentation from Canada Border Services Agency, CSIS regarding practices, procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications — Because detention infringing Jaballah's Charter, s. 7 rights, detention must be in accordance with principles of fundamental justice — Fundamental justice including principle of solicitor-client privilege — Jaballah entitled to disclosure of secondary documents under Charter, s. 7 and/or Supreme Court of Canada's decision in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) — Neither procedurally nor fundamentally fair for ministers to access solicitor-client communications — Since Jaballah's detention engaging Charter, s. 7 rights, circumstances of detention, including monitoring of communications, must comply with principles of fundamental justice.

Practice — Privilege — Jaballah, subject of security certificate, released from custody pursuant to release order allowing for monitoring of his telephone — No terms specifically addressing solicitor-client privilege — Canadian Security Intelligence Service officials listening to Jaballah's solicitor-client telephone calls — Privileged solicitor-client communications accepted as fundamental element of Canada's judicial system, constituting principle of fundamental justice — Possession of intercepts sufficient to make out breach of privilege herein.

This was a motion involving the interception of solicitor-client telephone communications by the agents of the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism (ministers) between Mr. Jaballah and his counsel. Specifically, it sought production of documentation from the Canada Border Services Agency (CBSA) and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) regarding

entre avocat et client — La violation permettait à M. Jaballah de se voir remettre les documents secondaires dans la mesure où les documents demandés étaient nécessaires pour assurer l'équité de la procédure — Requête accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — M. Jaballah demandait la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada et du SCRS concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client — Comme la détention de M. Jaballah portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, la détention devait respecter les principes de justice fondamentale — La justice fondamentale comprend le privilège des communications entre avocat et client — M. Jaballah était en droit de se voir communiquer les documents secondaires aux termes de l'art. 7 de la Charte et/ou des règles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) — Il n'était conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres d'avoir accès à des communications avocat-client — Comme la détention dont a fait l'objet M. Jaballah faisait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'art. 7 de la Charte, les conditions de sa détention, y compris la surveillance de ses communications, devaient être conformes aux principes de justice fondamentale.

Pratique — Communications privilégiées — M. Jaballah, qui était visé par un certificat de sécurité, a été mis en liberté aux termes d'une ordonnance de mise en liberté prévoyant la surveillance de ses communications téléphoniques — Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client — Des fonctionnaires du Service canadien du renseignement de sécurité écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah — Le privilège des communications avocat-client est reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire et constitue un principe de justice fondamentale — La simple possession des interceptions suffisait à constituer une violation du privilège en l'espèce.

Il s'agissait d'une requête concernant l'interception, par des agents du ministre de la Sécurité publique et du ministre de la Citoyenneté, de l'Immigration et du Multiculturalisme (les ministres), de communications téléphoniques entre M. Jaballah et son avocat. Plus particulièrement, elle visait la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement

the practices and procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created thereby arising from a review of such communications.

Mr. Jaballah is the subject of a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, which has been referred to the Federal Court. He was arrested on the security certificate and released from custody on lengthy and strict terms. The release order included a term that allowed for the monitoring of his telephone and the interception of his mail. None of the terms specifically addressed solicitor-client communications. Mr. Jaballah's public counsel later discovered that CSIS officials were listening to the solicitor-client telephone calls of Mr. Jaballah. Mr. Jaballah's release order was formally varied thereafter.

The main issues were whether the original release order authorized CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications and whether having those communications intercepted pursuant thereto eliminated solicitor-client privilege; whether possession of the intercepts was sufficient to make out a breach of solicitor-client privilege; and whether Mr. Jaballah was entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) and/or the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)* (*Charkaoui II*) and, if so, to what extent.

Held, the motion should be granted.

While not enshrined *per se* in the Charter, solicitor-client privilege is a fundamental underpinning of the judicial system. The argument that Mr. Jaballah's release order sanctioned the interception, recording and monitoring of solicitor-client communications was not tenable. Because privileged solicitor-client communications are an accepted fundamental element of our judicial system, at the time the release order was granted, the ministers' counsel could not have believed that CBSA was given an open invitation to intercept, monitor and review solicitor-client communications. To obtain such a wide-ranging power to infringe Mr. Jaballah's solicitor-client privilege, the release order would have had to authorize that in clear and unmistakable terms. Moreover, Mr. Jaballah did not consent to having his solicitor-client communications monitored by CSIS. There was ample authority to establish that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice. Because Mr. Jaballah's detention infringed his section 7 Charter right, his detention had to be in accordance with the

de sécurité (le SCRS) concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications.

M. Jaballah est visé par un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et déposé en Cour fédérale. Détenu en vertu du certificat de sécurité, il a été remis en liberté à des conditions strictes et détaillées. L'ordonnance de mise en liberté comprenait une condition autorisant la surveillance de ses communications téléphoniques et l'interception de son courrier. Aucune condition ne visait spécifiquement les communications avocat-client. L'avocat de M. Jaballah pour l'audience publique a découvert par la suite que des fonctionnaires du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de M. Jaballah. L'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah a été officiellement modifiée par la suite.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si l'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah et si le fait que de telles communications avaient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté avait pour effet d'écarter le privilège des communications entre avocat et client; si la simple possession d'interceptions suffisait à établir la violation du secret professionnel de l'avocat; et si M. Jaballah était en droit de se voir communiquer les documents secondaires aux termes de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et/ou des règles dégagées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (*Charkaoui II*) et, si oui, dans quelle mesure.

Jugement : la requête doit être accueillie.

S'il est vrai que le secret professionnel de l'avocat n'est pas à proprement parler garanti par la Charte, ce privilège est un pilier fondamental du système judiciaire. L'argument développé pour affirmer que l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah autorisait l'inspection, l'enregistrement et la surveillance de communications avocat-client n'était pas soutenable. Le privilège des communications avocat-client étant reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire, lorsqu'a été rendue l'ordonnance de mise en liberté, les avocats des ministres ne pouvaient pas croire honnêtement que cette ordonnance donnait à l'ASFC toute latitude pour intercepter, surveiller et analyser les communications avocat-client. Pour que soit accordée une autorisation aussi générale d'enfreindre le privilège marquant les communications entre M. Jaballah et ses avocats, il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté le prévoie en termes clairs et non équivoques. En outre, M. Jaballah n'a pas consenti à ce que ses communications avec son avocat fassent l'objet d'une

principles of fundamental justice, including solicitor-client privilege, unless justified under section 1 thereof.

Possession of the intercepts by CBSA and CSIS was sufficient to make out a breach of solicitor-client communications in this case. Having determined that the interception of solicitor-client communications was not duly authorized, it was up to the ministers to demonstrate that it did not prejudice Mr. Jaballah, who had no knowledge of who had contact with the solicitor-client communications and how the information was handled. Although the release order could be read as permitting the interception of solicitor-client privileged communications, it did not legitimize the possession by the ministers of the solicitor-client information nor did the release order compel the ministers to intercept solicitor-client communications.

Mr. Jaballah was entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the Charter and/or *Charkaoui II*. Security certificate cases are *sui generis* proceedings. It was neither procedurally nor fundamentally fair for the ministers to access solicitor-client communications, many of which are privileged, and have the ability to use that information directly or indirectly against the interests of Mr. Jaballah. The documents sought went to the fundamental fairness of the proceeding. While it was clear that the procedure for determining the reasonableness of Mr. Jaballah's security certificate must be in accordance with the principles of fundamental justice, it was also true that Mr. Jaballah's detention engaged his section 7 Charter rights by limiting his liberty. The circumstances of his detention, including the monitoring of his communications, must also be in accordance with the principles of fundamental justice, which includes the principle of solicitor-client privilege and the common law principles of procedural fairness. It was reasonable to find in this case that disclosure of the collateral documents was necessary to determine whether the solicitor-client breach had impaired the fairness of the proceedings.

surveillance de la part du SCRS. La jurisprudence établit que le privilège des communications entre avocat et client constitue un principe de justice fondamentale. Comme la détention de M. Jaballah portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte, la détention devait respecter les principes de justice fondamentale, y compris le privilège des communications entre avocat et client, à moins qu'une exception à ce principe ne se justifie au titre de l'article premier de la Charte.

La simple possession des interceptions par l'ASFC et le SCRS suffisait à constituer une violation du privilège des communications avocat-client en l'espèce. Puisqu'il a été décidé que l'interception de communications avocat-client n'avait pas été dûment autorisée, il appartenait aux ministres de démontrer que cette interception n'a causé à M. Jaballah aucun préjudice; ce dernier ignorait qui avait eu connaissance des communications entre lui et ses avocats et comment les enseignements en question avaient été traités. Même si l'ordonnance de mise en liberté pouvait être interprétée comme permettant l'interception de communications avocat-client, cela ne légitimait en rien la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications entre avocat et client, et les ministres n'étaient aucunement tenus, aux termes de l'ordonnance de mise en liberté, d'intercepter des communications avocat-client.

M. Jaballah était, aux termes de l'article 7 de la Charte et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui II*, en droit d'obtenir la communication des documents secondaires. Les instances relatives à un certificat de sécurité sont des procédures *sui generis*. Il n'était conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres qui ont eu accès à des communications avocat-client, dont bon nombre sont couvertes par le secret professionnel, de pouvoir directement ou indirectement utiliser contre M. Jaballah, les renseignements ainsi obtenus. Les documents dont la communication était demandée concernent les exigences d'équité fondamentale applicables à la procédure. S'il était évident que la procédure permettant de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité visant M. Jaballah doit être conforme aux principes de justice fondamentale, il était également vrai que la détention dont a fait l'objet M. Jaballah faisait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'article 7 de la Charte. Les conditions de sa détention, y compris la surveillance de ses communications, doivent, elles aussi, être conformes aux principes de justice fondamentale, qui englobe le privilège des communications avocat-client et les principes d'équité procédurale reconnus en common law. Il était raisonnable de conclure en l'espèce que la divulgation des documents accessoires était nécessaire pour décider si l'atteinte au privilège des communications avocat-client avait nui à l'équité de l'instance.

Production of documentation relating to the interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications was ordered only to the extent that it was necessary to ensure the fairness of the proceedings thereagainst. Thus, Mr. Jaballah was entitled to production of documents that directly impacted his ability to know the extent of the policies of CBSA and CSIS regarding solicitor-client interceptions generally and as they related specifically to him and the extent to which either or both CBSA or CSIS had used any information gleaned from listening to intercepts.

La production de documents ayant trait à l'interception des communications avocat-client de M. Jaballah n'a été ordonnée que dans la mesure où les documents demandés étaient nécessaires pour assurer l'équité de la procédure. Par conséquent, M. Jaballah était en droit de se voir remettre les documents ayant une incidence directe sur la connaissance qu'il peut avoir des politiques de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client en général, et plus particulièrement en ce qui le concerne, ainsi que dans quelle mesure l'ASFC ou le SCRS ont utilisé des renseignements recueillis dans le cadre de ces interceptions.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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, 7.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(1), 83(1)(a) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4).

CASES CITED

APPLIED:

Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp., 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, 269 D.L.R. (4th) 193, 30 C.P.C. (6th) 193.

CONSIDERED:

Jaballah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, 63 Imm. L.R. (3d) 60; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 628, [2007] 1 F.C.R. 321, 270 D.L.R. (4th) 50, 278 F.T.R. 118; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 171, 309 F.T.R. 72, 61 Imm. L.R. (3d) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45; *R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, (1994), 92 C.C.C. (3d) 404, 33 C.R. (4th) 147; *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, (1990), 77 D.L.R. (4th) 249, [1991] 1 W.W.R. 705; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 152; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590, 70 C.C.C. (2d) 385.

REFERRED TO:

Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209,

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, 7.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1), 83(1)a) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp., 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Jaballah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2007 CF 379; *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 628, [2007] 1 R.C.F. 321; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 171; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

DÉCISIONS CITÉES :

Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209;

312 A.R. 201, 216 D.L.R. (4th) 257; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, 270 D.L.R. (4th) 257, 47 Admin. L.R. (4th) 84; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12, 94 C.C.C. (3d) 289; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298.

MOTION seeking production of documentation from Canada Border Services Agency and Canadian Security Intelligence Service regarding the practices and procedures thereof in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created thereby arising from a review of such communications. Motion granted.

APPEARANCES

Michael N. Peirce for applicant.
Adriel S. Weaver, Johnathan A. Dawe, Marlys A. Edwardh, Christine Davies and Barbara L. Jackman for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Jackman & Associates and Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto, for respondent.

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

AALTO P.:

Introduction

[1] The ability of a client to seek legal advice of counsel in absolute confidence is one of the hallmarks of Canada's judicial system. It is a right held in the highest regard and solicitor-client communications can only be accessed by third parties in the most exceptional of circumstances. None apply here.

Blank c. Canada (Ministre de la Justice), 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299.

REQUÊTE visant la production de documents de l'Agence des services frontaliers du Canada et du Service canadien du renseignement de sécurité concernant leurs pratiques et procédures en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par ces entités à l'occasion de l'examen de ces communications. Requête accueillie.

ONT COMPARU

Michael N. Peirce pour le demandeur.
Adriel S. Weaver, Johnathan A. Dawe, Marlys A. Edwardh, Christine Davies et Barbara L. Jackman pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Jackman & Associates et Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto, pour l'intimé.

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

LE PROTONOTAIRE AALTO :

Introduction

[1] La possibilité de solliciter, à titre absolument confidentiel, les conseils d'un avocat est une des caractéristiques du système judiciaire canadien. C'est un droit auquel est attachée la plus grande importance et ce n'est qu'en des circonstances tout à fait exceptionnelles qu'un tiers peut avoir accès aux communications entre un

[2] The motion before the Court raises several issues concerning the interception of solicitor-client telephone communications by the agents of the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship, Immigration and Multiculturalism (the ministers) between Mr. Jaballah and his counsel. The first general issue is whether or not the Canada Border Services Agency (CBSA) and its agent, the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), were authorized to intercept solicitor-client communications between Mr. Jaballah and his legal counsel. There is no doubt that CBSA and CSIS have done so. The second general issue is whether as a result of intercepting solicitor-client communications CBSA and CSIS are obliged to produce to Mr. Jaballah any collateral documents, such as memos, e-mails, reports which were generated by CSIS or CBSA as a result of recording or listening to the solicitor-client communications. On this motion, Mr. Jaballah seeks to have any such collateral or secondary documentation produced and, in addition, seeks the production of the following types of documents:

- A copy of the July 2006 “Harkat Guidelines” and the subsequent September 2007 replacement guidelines.
- Any records or logs indicating when the solicitor-client intercept recordings were accessed by CBSA and CSIS analysts, along with the frequency and duration of these accesses.
- Any memos, letters or other documents establishing practices or procedures governing the sharing of information between CSIS and CBSA derived from the interceptions in any of the security certificate cases (i.e. *Harkat, Mahjoub and Jaballah*)
- Any memos, written instructions or other documents relating to the practices to be followed by CBSA and CSIS analysts in relation to solicitor-client intercepts.

avocat et son client. De telles circonstances ne sauraient être invoquées en l’espèce.

[2] La requête présentée à la Cour soulève plusieurs questions concernant l’interception, par des agents du ministre de la Sécurité publique et du ministre de la Citoyenneté, de l’Immigration et du Multiculturalisme (les ministres), de communications téléphoniques entre M. Jaballah et son avocat. La première question de caractère général est de savoir si l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC) et son mandataire, le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS), étaient autorisés à intercepter les communications entre M. Jaballah et son avocat. Il ne fait aucun doute que l’ASFC et le SCRS ont procédé à de telles interceptions. La seconde question de caractère général est de savoir si, ayant intercepté des communications entre un avocat et son client, l’ASFC et le SCRS sont tenus de remettre à M. Jaballah les documents accessoires, tels que les notes de service, courriels et rapports établis par le SCRS ou l’ASFC par suite de l’enregistrement ou de l’écoute de communications avocat-client. Dans le cadre de la présente requête, M. Jaballah demande que lui soit remise toute documentation accessoire ou secondaire produite à cet égard et demande que lui soient en outre remis les documents suivants :

- Un exemplaire des « Directives Harkat » de juillet 2006 et des directives qui les ont remplacées en septembre 2007.
- Tout dossier ou registre indiquant quand des analystes de l’ASFC et du SCRS ont consulté les enregistrements des communications interceptées, la fréquence de ces consultations et leur durée.
- Toutes les notes de service, lettres ou autres documents établissant les pratiques ou les procédures régissant l’échange, entre le SCRS et l’ASFC, de renseignements découlant d’interceptions menées dans le cadre d’une affaire relative à un certificat de sécurité quelle qu’elle soit (c.-à-d., les affaires *Harkat, Mahjoub et Jaballah*).
- Toutes les notes de service, instructions écrites ou autres documents concernant les pratiques s’imposant aux analystes de l’ASFC et du SCRS en matière d’interception de communications avocat-client.

- Any reports, memos or other documents that refer to the content of any of the Jaballah intercepts, whether solicitor-client privileged or otherwise.

[3] In the written representations filed on behalf of Mr. Jaballah another category of documents is referred to dealing with production of all documents (including e-mails and other electronic documents) bearing on these issues:

- The decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, record and review privileged solicitor-client telephone calls in Mr. Jaballah's case and in other security certificate cases (Harkat and Mahjoub). These documents are wide-ranging and include requests for internal memos and the like relating to the creation of the Harkat Guidelines; memos and the like relating to the scope of the release orders in Harkat, Mahjoub and Jaballah; documents relating to the revelation that solicitor-client communications had been intercepted; and any documents relating to what was done once it was determined that solicitor-client communications had been intercepted.

- The steps taken to implement the undertaking given to the Court in December 2008 and the Court's order directing that CSIS cease listening to solicitor-client communications and to destroy the recordings. On this issue Mr. Jaballah seeks production of any documents, electronic or otherwise, that directed analysts to comply with the order and whether analysts continued to listen after December 2008.

[4] Consideration of these issues and the documentary production is reviewed below.

- Tous les rapports, notes de service ou autres documents mentionnant le contenu d'une interception des communications avec M. Jaballah, qu'elles relèvent ou non du secret professionnel qui lie un avocat à son client.

[3] Les observations écrites déposées au nom de M. Jaballah, sollicitent également la remise des documents (y compris les courriels et autres documents électroniques) portant sur les questions suivantes :

- Le processus décisionnel à l'issue duquel l'ASFC et le SCRS ont commencé à enregistrer et étudier des appels téléphoniques couverts par le privilège des communications avocat-client, tant dans le cas de M. Jaballah que dans d'autres affaires relatives à un certificat de sécurité (Harkat et Mahjoub). Il s'agit d'une vaste catégorie qui englobe notamment les notes de service internes et autres documents touchant la rédaction des Directives Harkat; les notes de service et autres documents concernant la portée des ordonnances de mise en liberté visant MM. Harkat, Mahjoub et Jaballah; les documents ayant trait à la révélation du fait que des communications avocat-client avaient été interceptées; et tout document concernant ce qui a été fait à partir du moment où il fut révélé que des communications avocat-client avaient été interceptées.

- Les mesures adoptées afin d'assurer la mise en œuvre de l'engagement pris envers la Cour en décembre 2008, ainsi que de l'ordonnance de la Cour enjoignant au SCRS de cesser d'écouter les communications entre un avocat et son client et de détruire les enregistrements qui en avaient été faits. M. Jaballah demande à cet égard que lui soit remis tout document, électronique ou autre, ordonnant aux analystes d'obéir à l'ordonnance et demande à savoir si ces analystes ont continué à écouter ses communications après le mois de décembre 2008.

[4] Ces questions, ainsi que celle des documents dont la remise est sollicitée seront examinées ci-dessous.

Background

[5] Mr. Jaballah is the subject of a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) which has been referred to the Federal Court. He was released from custody in April 2007 on lengthy and strict terms, having been in custody since his arrest in 2001 on the security certificate. Specifically, the release order (release order) made by Madam Justice Carolyn Layden-Stevenson of the Federal Court (as she then was) included a term which allowed for the monitoring of his telephone [*Jaballah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, at paragraph 12 of Schedule A]:

Mr. Jaballah may use a conventional land based telephone line located in the residence (telephone line) other than the separate dedicated land based telephone line referred to on condition that before his release from detention, both Mr. Jaballah and the subscriber to such telephone service shall consent in writing to the interception by or on behalf of the CBSA, of all communications conducted using such service. For greater certainty, this includes allowing the CBSA to intercept the content of oral communications and also to obtain the telecommunication records associated with such telephone line service.

[6] The terms of Mr. Jaballah's release were substantially similar to those on which Mohamed Harkat [*Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 628, [2007] 1 F.C.R. 321] and Mohamed Zeki Mahjoub [*Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 171, 309 F.T.R. 72], two other security certificate detainees, had been previously released. The release orders in each of these cases authorized CBSA to intercept all communications, with no specific provision allowing for the interception of solicitor-client communications.

[7] In November 2008, a CBSA official testified that CBSA had received a report about Mr. Harkat, which included privileged solicitor-client information. It was through this testimony, and the testimony of other officials, that Mr. Jaballah's public counsel discovered that

Le contexte

[5] M. Jaballah est visé par un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR) et déposé en Cour fédérale. Détenu depuis son arrestation en vertu d'un certificat de sécurité, il a été remis en liberté en avril 2007 à des conditions strictes et détaillées. En particulier, l'ordonnance de mise en liberté délivrée par Madame la juge Carolyn Layden-Stevenson de la Cour fédérale (maintenant à la Cour d'appel fédérale) comprenait une condition autorisant la surveillance de ses communications téléphoniques [*Jaballah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2007 CF 379, au paragraphe 12 de l'annexe A] :

M. Jaballah pourra utiliser une ligne téléphonique traditionnelle se trouvant dans la résidence (la ligne téléphonique) autre que la ligne téléphonique classique distincte mentionnée au paragraphe 2 ci-dessus à condition qu'avant sa mise en liberté lui et l'abonné à ce service téléphonique consentent par écrit à l'interception, par ou pour le compte de l'ASFC, de toutes les communications acheminées par ce service, notamment à ce que l'ASFC intercepte les communications orales et obtienne les relevés des communications effectuées à l'aide de ce service.

[6] Les conditions de mise en liberté de M. Jaballah étaient sensiblement les mêmes que celles qui avaient été imposées à Mohamed Harkat [*Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 628, [2007] 1 R.C.F. 321] et à Mohamed Zeki Mahjoub [*Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 171], deux autres personnes détenues en vertu de certificats de sécurité et déjà remises en liberté à l'époque. Dans chacune de ces affaires, l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'ASFC à intercepter toutes leurs communications, aucune disposition n'autorisant spécifiquement l'interception de communications couvertes par le secret professionnel de l'avocat.

[7] En novembre 2008, un fonctionnaire de l'ASFC a témoigné que celle-ci avait reçu, au sujet de M. Harkat, un rapport comprenant des renseignements couverts par le privilège des communications avocat-client. C'est par ce témoignage et par le témoignage d'autres

CSIS analysts were listening to the solicitor-client telephone calls of Mr. Harkat, Mr. Mahjoub and Mr. Jaballah.

fonctionnaires que l'avocat de M. Jaballah pour l'audience publique a découvert que des analystes du SCRS écoutaient les communications téléphoniques avocat-client de MM. Harkat, Mahjoub et Jaballah.

CSIS Interception of Solicitor-Client Communications

L'interception par le SCRS des communications avocat-client

[8] CBSA and CSIS monitoring of solicitor-client communications began after Mr. Harkat was released from detention in July 2006. Elizabeth Snow, manager of the counter-terrorism section of CBSA, testified *in camera* and in public that CSIS analysts were directed to listen to all of Mr. Harkat's calls, and then destroy solicitor-client calls if they did not involve a threat to national security or a potential breach of the terms of release. These guidelines were contained in a letter dated July 21, 2006, sent from CBSA to CSIS, whose communications analysts were acting as CBSA's agents. These guidelines are apparently referred to as the "Harkat Guidelines". They have not been disclosed to public counsel, but it appears they have been reviewed by the special advocates.

[8] La surveillance par l'ASFC et le SCRS des communications avocat-client ont commencé après que M. Harkat a été remis en liberté en juillet 2006. Elizabeth Snow, gestionnaire de la section du contre-terrorisme de l'ASFC a témoigné, à huis clos et publiquement, que des analystes du SCRS avaient reçu pour consigne d'écouter tous les appels de M. Harkat, puis de détruire les appels avocat-client sans rapport avec une menace pour la sécurité nationale ou une violation possible des conditions de sa mise en liberté. Ces directives étaient exposées dans une lettre en date du 21 juillet 2006, envoyée par l'ASFC au SCRS, dont les analystes en communication étaient mandatés par l'ASFC. Ces directives sont, semble-t-il, appelées « Directives Harkat ». Elles n'ont pas été communiquées à l'avocat pour l'audience publique, mais semblent avoir été examinées par les avocats spéciaux.

[9] There were no specific guidelines governing the interception of Mr. Jaballah's communications when he was released. The evidence of an unnamed CSIS witness who testified *in camera** was that it was understood that Mr. Jaballah's communications should be monitored according to the same protocol governing Mr. Harkat's communications. Thus, according to this CSIS witness, all of Mr. Jaballah's calls, including solicitor-client communications, were monitored by CSIS for the purpose of determining whether a communication involved a potential threat to national security or a breach of the terms of release. The communications were then supposed to be destroyed.

[9] Après sa mise en liberté, aucune directive particulière ne régissait l'interception des communications de M. Jaballah. Selon le témoignage à huis clos* d'un membre du SCRS dont le nom n'a pas été communiqué, il était entendu que les communications de M. Jaballah allaient devoir faire l'objet d'une surveillance conforme au protocole régissant la surveillance des communications de M. Harkat. Ainsi, selon ce témoin du SCRS, tous les appels de M. Jaballah, y compris les communications avocat-client, étaient surveillés par le SCRS afin de déceler d'éventuelles menaces pour la sécurité nationale ou une inobservation des conditions de sa mise en liberté. Les communications étaient ensuite censées être détruites.

[10] CBSA and CSIS implemented new guidelines concerning the interception of communications of

[10] En septembre 2007, l'ASFC et le SCRS ont adopté de nouvelles directives sur l'interception des

* Throughout these reasons where *in camera* evidence is referred to, it is taken from the public summaries.

* À chaque fois qu'il est question, dans ces motifs, de témoignages à huis clos, les détails fournis proviennent d'un résumé rendu public.

Mr. Jaballah, Mr. Mahjoub and Mr. Harkat in September 2007. Under these new guidelines, CSIS analysts listened to solicitor-client telephone calls but did not destroy them. Instead, the calls were sent to CBSA to be processed. CSIS did not retain copies of interceptions or call logs.

Handling of Solicitor-Client Intercepts by CBSA and CSIS

[11] There is nothing in the record to date that suggests the ministers have used or relied on the solicitor-client intercepts in the certificate proceedings against Mr. Jaballah.

[12] According to an unnamed CSIS analyst who testified *in camera*, CSIS analysts (acting as agents for CBSA) would make a preliminary analysis of the intercepted information. If the preliminary analysis indicated that Mr. Jaballah could be in violation of the provisions of the terms of his release, the information would be provided to CSIS for further analysis and follow up, and investigation. It appears from the record that four disclosures were made to CSIS, but the CSIS witness testified that these four disclosures were not based on solicitor-client communications. The CSIS witness also testified that “CSIS has made no use of, and did not retain, any of Mr. Jaballah’s solicitor-client communications”.

[13] According to the public summary of Ms. Snow’s *in camera* testimony, CBSA began listening to the intercepted communications in November 2007. Analysts were verbally instructed to stop listening to all calls involving a lawyer or law office staff. The public summary of her testimony states:

Once a CBSA analyst who is listening to an intercepted communication realizes that a communication is subject to solicitor-client privilege, the analyst disengages. This means that the analyst stops listening to that call and does not listen to any further part of that call.

communications de M. Jaballah, de M. Mahjoub et de M. Harkat. Selon ces nouvelles directives, les analystes du SCRS écoutaient les appels téléphoniques entre avocat et client, sans cependant détruire après coup les enregistrements. L’enregistrement de ces appels était envoyé à l’ASFC pour analyse. Le SCRS ne retenait aucune copie des interceptions ou des registres des communications.

Le traitement par l’ASFC et le SCRS des interceptions de communications avocat-client

[11] Le dossier ne contient jusqu’ici rien qui permette d’affirmer que les ministres ont utilisé les interceptions avocat-client dans le cadre de la procédure relative au certificat visant M. Jaballah.

[12] Selon le témoignage à huis clos de l’analyste du SCRS dont le nom n’a pas été communiqué, les analystes du SCRS (mandatés par l’ASFC) procédaient à une analyse préliminaire des renseignements interceptés. Si cette analyse préliminaire indiquait que M. Jaballah n’observait pas les conditions de sa mise en liberté, le renseignement était transmis au SCRS pour une analyse plus poussée et une enquête. Il ressort du dossier que quatre éléments d’information ont été transmis au SCRS, mais le témoin du SCRS a affirmé que ces quatre éléments ne provenaient pas des communications avocat-client. Le témoin du SCRS a également affirmé que [TRADUCTION] « le SCRS n’a pas fait usage de communications entre M. Jaballah et son avocat, et n’en a conservé aucune ».

[13] Selon le résumé rendu public du témoignage à huis clos de M^{me} Snow, c’est en novembre 2007 que l’ASFC a commencé à écouter les communications interceptées. Les analystes ont reçu, de vive voix, la consigne de ne plus écouter les communications avec un avocat ou un membre de son cabinet. Selon le résumé de son témoignage qui a été rendu public :

[TRADUCTION] Dès qu’un analyste de l’ASFC écoutant une communication interceptée se rend compte qu’il s’agit d’une communication couverte par le secret professionnel de l’avocat, l’analyste met fin à l’écoute. Cela veut dire qu’il cesse entièrement d’écouter la communication.

CBSA adopts a broad definition of a solicitor-client communication. Any call from a lawyer or anyone in the lawyer's office to Mr. Jaballah or anyone in the household is treated as privileged. Calls originating from the Jaballah household to a law firm are similarly treated.

[14] Ms. Snow further testified that CBSA had not used any of Mr. Jaballah's solicitor-client communications arising from the intercepted telephone calls and confirmed that CBSA was in the process of destroying any solicitor-client communications in its possession.

[15] Mr. Jaballah's release order also authorized CBSA to intercept and read the Jaballah's mail [at paragraph 13 of Schedule A]. As with the term authorizing the interception of telephone conversations, this term did not specifically address solicitor-client privileged mail. Yet, the evidence on the record indicates that CBSA officers recognized that the release order did not authorize the interception of solicitor-client privileged mail. As evidence of this, in December 2008, a CBSA officer inadvertently opened a letter to Mr. Mahjoub from his counsel, but immediately put the correspondence aside without reading it, and contacted his supervisors for further direction. Counsel for the ministers wrote to the Court the next day, explaining what had occurred and providing assurances that the letter had been inadvertently opened, but not read. In his sworn statement, the officer states:

This incident was entirely inadvertent on my part. I am aware that solicitor-client mail is privileged and that the CBSA should not be reviewing such mail.

[16] Mr. Mahjoub and Mr. Jaballah were at the time represented by the same public counsel. Therefore, Mr. Jaballah's counsel became aware of the manner in which CBSA interpreted the terms of the release order in Mr. Mahjoub's case.

L'ASFC a retenu des communications entre un avocat et son client une définition large. Tout appel d'un avocat ou d'un employé du cabinet à M. Jaballah ou autre personne habitant au même domicile, est ainsi considéré comme couvert par le privilège du secret professionnel de l'avocat. Il en allait de même de tout appel passé à un cabinet d'avocats par quelqu'un habitant au domicile de M. Jaballah.

[14] M^{me} Snow a en outre déclaré que l'ASFC n'avait jamais utilisé une communication téléphonique entre M. Jaballah et son avocat captée à l'occasion d'une interception, et a confirmé que l'ASFC était en train de détruire toute communication avocat-client qu'elle aurait en sa possession.

[15] L'ordonnance de mise en liberté de M. Jaballah autorisait également l'ASFC à intercepter et à lire leur courrier [au paragraphe 13 de l'annexe A]. À l'instar de la condition autorisant l'interception des conversations téléphoniques, cette condition ne prévoyait pas explicitement le courrier couvert par le secret professionnel de l'avocat. Il ressort du dossier, cependant, que les agents de l'ASFC reconnaissaient que l'ordonnance de mise en liberté n'autorisait pas l'interception du courrier entre avocat et client. On en prendra pour preuve le fait qu'en décembre 2008, un agent de l'ASFC a, par inadvertance, ouvert une lettre envoyée par l'avocat de M. Mahjoub à M. Mahjoub, lettre qu'il a alors immédiatement mise de côté sans la lire, joignant son superviseur pour lui demander des instructions. L'avocat des ministres a, le jour suivant, écrit à la Cour expliquant ce qui s'était produit et assurant que la lettre avait effectivement été ouverte par inadvertance, mais n'avait pas été lue. Dans sa déclaration sous serment, l'agent en question affirme :

[TRADUCTION] J'ai agi entièrement par inadvertance. Je sais que le courrier entre avocat et client est couvert par le secret professionnel et que l'ASFC ne doit pas l'examiner.

[16] À l'époque, M. Mahjoub et M. Jaballah étaient représentés tous deux par le même avocat pour l'audience publique. L'avocat de M. Jaballah savait par conséquent comment l'ASFC interprétait les conditions stipulées dans l'ordonnance de mise en liberté de M. Mahjoub.

The Court's Response to the Solicitor-Client Intercepts

[17] In December 2008, when it was discovered that CSIS and CBSA were in fact monitoring Mr. Jaballah's solicitor-client communications, the Court acted quickly to rectify the situation. On December 18, 2008, counsel for Mr. Mahjoub applied to Justice Layden-Stevenson to have the release order amended to clarify that it did not authorize interception of his solicitor-client telephone calls. In response, Justice Layden-Stevenson stated:

Let me say this, that I think the failure to provide some indication in the order in the first instance was due to an oversight both on the part of counsel and the court. There will be an amendment, you can be guaranteed of it, and I think the nature of it is probably properly addressed at the conclusion of the evidence, not in the middle of it.

[18] Later in the proceeding, Justice Layden-Stevenson stated that she would draft an amendment to the release order overnight and get it to counsel. She then went on to state:

For the rest of us, the matter is resolved and I will draft the amendment, and I don't want to hear any more about it. It is done. It is over. It is finished. It has happened. We understand it happened. It is unfortunate, but there is nothing we can do to change the past. We can only look at what goes from here in terms of where it will go from here.

[19] When this comment was made, public counsel had only received disclosure of the evidence indicating that CSIS was intercepting solicitor-client communications that morning. Mr. Mahjoub was scheduled to testify regarding changes to the conditions of his release, and the Court was concerned that his testimony not be derailed by the interception issue.

[20] Counsel for the ministers consented to the proposed amendment, which was formally made the following day, on December 19, 2008. Mr. Mahjoub's amended release order read:

For greater certainty, when the content of the intercepted oral communications associated with the land-based telephone line

La réaction de la Cour aux interceptions de communications avocat-client

[17] En décembre 2008, lorsqu'il fut révélé que le SCRS et l'ASFC surveillaient les communications entre M. Jaballah et son avocat, la Cour est rapidement intervenue pour corriger la situation. Le 18 décembre 2008, l'avocat de M. Mahjoub a demandé à la juge Layden-Stevenson de modifier l'ordonnance de mise en liberté afin de bien préciser qu'elle n'autorisait pas l'interception des appels téléphoniques entre avocat et client. En réponse, la juge Layden-Stevenson s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION] Je dois dire que le fait de ne pas l'avoir précisé dans l'ordonnance constitue un oubli tant de la part des avocats que de la part de la Cour. L'ordonnance sera modifiée, je vous le garantis. J'estime que la teneur précise de cette modification doit être décidée à l'issue des témoignages plutôt qu'au milieu.

[18] Plus tard au cours de la même instance, la juge Layden-Stevenson a fait savoir qu'elle rédigerait le soir même la modification à apporter à l'ordonnance de mise en liberté et qu'elle la ferait parvenir aux avocats des parties. Puis, elle a dit ceci :

[TRADUCTION] En ce qui nous concerne, la question est réglée. Je vais formuler une modification et je ne veux plus entendre parler de ça. C'est fait. C'est terminé. C'est arrivé. Nous savons tous que c'est arrivé. C'est regrettable, mais ce qui est fait est fait. On ne peut qu'agir pour l'avenir.

[19] L'avocat pour l'audience publique venait de prendre connaissance, le matin même, du témoignage indiquant que le SCRS interceptait les communications avocat-client. M. Mahjoub devait justement témoigner au sujet de la modification des conditions de sa mise en liberté, et la Cour ne souhaitait pas que la question de ces interceptions vienne troubler son témoignage.

[20] Les avocats des ministres ont consenti à la modification proposée, et celle-ci fut officiellement mise en œuvre le lendemain, soit le 19 décembre 2008. Selon l'ordonnance modifiée de mise en liberté visant M. Mahjoub :

[TRADUCTION] Il est entendu que lorsqu'est interceptée sur la ligne téléphonique terrestre du domicile de M. Mahjoub une

in the Mahjoub residence involves solicitor-client communications, the analyst, upon identifying the communication as one between solicitor and client, shall cease monitoring the communication and shall delete the interception. [Emphasis added.]

[21] Mr. Jaballah's release order was formally varied on March 9, 2009 to read:

When an analyst reasonably believes that a solicitor or an employee of a solicitor is a party to a communication, the analyst shall, whether the communication is written or oral, cease monitoring the communication and shall delete the interception as soon as is reasonably possible.

[22] While Mr. Jaballah's release order was not formally varied until three months after it was discovered that CBSA and CSIS were intercepting solicitor-client communications, CSIS counsel and counsel for the ministers provided written assurances that Mr. Jaballah's solicitor-client calls were being handled in accordance with the variation of the Harkat and Mahjoub release orders.

The Interception of Solicitor-Client Telephone Calls after December 2008

[23] Pursuant to a direction of the Court made in February 2010, CBSA subsequently disclosed recordings of 1503 intercepts of solicitor-client communications to Mr. Jaballah. A selection of these recordings has been filed under seal with the Court, but has not been provided to the ministers' counsel.

[24] According to public counsel, the disclosure does not include any recordings of calls dated earlier than September 2007. This is consistent with an earlier protocol of CSIS of destroying solicitor-client communications that did not indicate a breach of the conditions of release or a potential threat to national security.

communication entre avocat et client, l'analyste, dès qu'il se rend compte qu'il s'agit effectivement d'une communication avocat-client, cesse de surveiller la communication et supprime l'interception. [Non souligné dans l'original.]

[21] L'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah a été officiellement modifiée le 9 mars 2009, et, à partir de ce moment-là, elle prévoyait que :

[TRADUCTION] Lorsqu'un analyste a des motifs raisonnables de croire qu'un avocat ou un employé d'un avocat prend part à une communication, cet analyste doit, qu'il s'agisse d'une communication écrite ou orale, cesser de la surveiller et supprimer l'interception dans les meilleurs délais.

[22] Ce n'est que trois mois après qu'on se fut aperçu que l'ASFC et le SCRS interceptaient les communications avocat-client qu'a été officiellement modifiée l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah, mais l'avocat du SCRS et les avocats des ministres ont donné par écrit des assurances que serait appliquée aux appels de M. Jaballah couverts par le privilège des communications avocat-client, la modification apportée aux ordonnances de mise en liberté d'Harkat et de Mahjoub.

L'interception des appels téléphoniques entre avocat et client après le mois de décembre 2008

[23] Suivant une directive de la Cour, datant de février 2010, l'ASFC a fait mention des enregistrements de 1 503 interceptions de communications avocat-client de M. Jaballah. Certains de ces enregistrements ont été déposés sous scellés auprès de la Cour, mais n'ont pas été fournis aux avocats des ministres.

[24] Selon l'avocat pour l'audience publique, les enregistrements en question ne comprennent aucun enregistrement d'appels téléphoniques antérieur au mois de septembre 2007. Cela cadre avec le protocole qu'appliquait auparavant le SCRS et qui prévoyait la destruction de toute communication avocat-client ne contenant aucun indice d'une violation des conditions de la mise en liberté ou d'une éventuelle menace pour la sécurité nationale.

[25] The disclosure contains 591 calls over which Mr. Jaballah or his counsel claims privilege. These calls were recorded between September 2007 to December 2008.

[26] Surprisingly, the disclosure also included 171 recordings intercepted from the Jaballah telephone line between December 20, 2008 and May 8, 2010. Mr. Jaballah claims solicitor-client privilege over at least 58 of these calls. This disclosure indicates that CSIS continued to intercept and record solicitor-client privileged communications, contrary to counsel's assurances and the March 9, 2009 amendment to Mr. Jaballah's release order.

[27] Counsel for Mr. Jaballah have indicated that they intend to bring a motion alleging, among other things, that the interception of his privileged solicitor-client communications amounted to an abuse of process. Counsel for the ministers has indicated that the ministers will call two witnesses, a CBSA witness and a CSIS witness, during the abuse of process motion to deal with the interception of the solicitor-client communications in the post-December 2008 period. Currently, the record with respect to the period following December 2008 is incomplete, and will be clarified in the abuse of process motion.

[28] In sum, the ministers admit that CSIS analysts listened to, and then destroyed solicitor-client communications between May and September 2007. The ministers further admit that from September 2007 to December 2008 CSIS listened to solicitor-client communications, but sent them to CBSA for processing, rather than destroying them as per the earlier protocol. CBSA analysts were verbally instructed not to listen to any solicitor-client calls.

[25] Les communications dont on a fait mention comprennent 591 appels téléphoniques relevant, selon M. Jaballah ou son avocat, du secret professionnel. Les appels en question ont été enregistrés entre septembre 2007 et décembre 2008.

[26] On constate avec surprise que les enregistrements en question comprennent également 171 enregistrements de conversations téléphoniques de M. Jaballah interceptées entre le 20 décembre 2008 et le 8 mai 2010. Selon M. Jaballah, au moins 58 de ces appels sont couverts par le secret professionnel de l'avocat. Cela veut dire que le SCRS a continué d'intercepter et d'enregistrer des communications relevant du privilège des communications entre client et avocat, contrairement aux assurances prodiguées à cet égard par les avocats des ministres, et contrairement à la modification apportée le 9 mars 2009 à l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah.

[27] Les avocats de M. Jaballah ont fait part de leur intention de présenter une requête dans le cadre de laquelle ils vont notamment faire valoir que cette interception de communications avocat-client constitue un abus de procédure. L'avocat des ministres a pour sa part indiqué que les ministres entendent, dans le cadre de cette requête sur abus de procédure, appeler deux témoins, un de l'ASFC et un du SCRS, pour répondre aux allégations d'interception de communications avocat-client après le mois de décembre 2008. En ce qui concerne la période postérieure à décembre 2008, le dossier est actuellement incomplet, et la requête pour abus de procédure permettra d'apporter les précisions voulues.

[28] Essentiellement, les ministres reconnaissent que, entre mai et septembre 2007, les analystes du SCRS ont écouté, puis détruit les enregistrements de communications avocat-client. Les ministres reconnaissent par ailleurs qu'entre septembre 2007 et décembre 2008, le SCRS a écouté des communications avocat-client, et qu'au lieu d'en détruire les enregistrements, comme le prévoyait le protocole antérieurement en vigueur, ils les ont envoyés à l'ASFC pour analyse. Les analystes de l'ASFC avaient reçu, verbalement, la consigne de n'écouter aucun appel entre avocat et client.

[29] While the full record regarding the interception of solicitor-client calls post-December 2008 period will be established in the upcoming abuse of process motion, it is reasonable to infer on the record before the Court in this motion that interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications took place after December 2008, contrary to the ministers' written assurances, and the amended release order. However, the circumstances surrounding these interceptions are not yet known.

Issues

[30] This motion seeks production of documentation from CBSA and CSIS regarding the practices and procedures of those entities in dealing with privileged solicitor-client communications and any collateral documentation created by CBSA or CSIS arising from a review of such communications. While counsel for Mr. Jaballah have raised six issues, these issues in fact can be conflated into four discrete matters as follows:

1. Did the original release order authorize CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications? Does the fact of having the communications intercepted pursuant to the release order eliminate solicitor-client privilege?
2. Is possession of the intercepts sufficient to make out a breach of solicitor-client privilege or is it necessary for the ministers to have used or relied on the privileged material?
3. Is Mr. Jaballah entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and/or *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*)?

[29] L'examen de la requête pour abus de procédure va permettre de dire ce qu'il en est au juste de l'interception d'appels téléphoniques entre avocat et client après le mois de décembre 2008, mais les éléments versés au dossier dans le cadre de la présente requête permettent raisonnablement de conclure que, contrairement aux assurances écrites des ministres et à l'ordonnance modifiée de mise en liberté, l'interception des communications avocat-client de M. Jaballah s'est poursuivie après le mois de décembre 2008. Les circonstances entourant ces interceptions restent cependant à préciser.

Les questions en litige

[30] La présente requête vise la production de documents de l'ASFC et du SCRS concernant les pratiques et procédures de ces deux entités en matière de communications avocat-client, et de tout document accessoire établi par l'ASFC ou le SCRS à l'occasion de l'examen de ces communications. Les avocats de M. Jaballah ont soulevé six questions qui peuvent, en fait, être regroupées dans les quatre questions suivantes :

1. L'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait-elle l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah? Le fait que de telles communications aient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté a-t-il pour effet d'écarter le privilège des communications entre avocat et client?
2. La simple possession d'interceptions suffit-elle à établir la violation du secret professionnel de l'avocat, ou faut-il pour cela que les ministres aient utilisé d'une manière ou d'une autre le contenu de ces communications couvertes par le secret professionnel?
3. M. Jaballah est-il, aux termes de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*), en droit de se voir communiquer les documents secondaires?

4. What is the scope of the documents to be produced, if any?

Issue One: Did the original release order authorize CBSA and CSIS to intercept Mr. Jaballah's solicitor-client communications? Does the fact of having the communications intercepted pursuant to the release order eliminate solicitor-client privilege?

The Jaballah Position

[31] Mr. Jaballah advances four main reasons why the original release order did not authorize the interception of his solicitor-client communications.

[32] First, counsel for Mr. Jaballah emphasizes that solicitor-client privilege is now recognized as a substantive right that can only be overridden in very narrow circumstances. They argue that solicitor-client privilege is recognized as a principle of fundamental justice (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraphs 16, 21). Thus, as noted at the outset of these reasons, solicitor-client privilege is afforded "near-absolute protection", and cannot be abrogated by inference (*Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, at paragraph 23; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, at paragraph 11). Therefore, an order authorizing the interception of Mr. Jaballah's solicitor-client communications would have to be explicit.

[33] Second, it is argued that where there is doubt as to their meaning, court orders must be construed to comply with the Charter: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 (*Dagenais*).

4. Quelle est l'envergure de la documentation à produire, le cas échéant?

Première question : L'ordonnance de mise en liberté initiale autorisait-elle l'ASFC et le SCRS à intercepter les communications avocat-client de M. Jaballah? Le simple fait que ces communications aient été interceptées en vertu de l'ordonnance de mise en liberté suffit-il à écarter le privilège des communications entre avocat et client?

La thèse de M. Jaballah

[31] Selon M. Jaballah, quatre grandes raisons permettent de soutenir que l'ordonnance initiale de mise en liberté n'autorisait pas l'interception de ses communications avec son avocat.

[32] Les avocats de M. Jaballah font en premier lieu valoir que le secret professionnel qui lie un avocat à son client est maintenant reconnu comme un droit substantiel qui ne peut être écarté que dans des circonstances extrêmement précises. Selon eux, le privilège du secret professionnel de l'avocat est reconnu comme un principe de justice fondamentale (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, aux paragraphes 16 et 21). Ainsi que nous l'avons indiqué au début de ces motifs, le secret professionnel qui lie un avocat à son client bénéficie d'une « protection quasi absolue », et ce privilège ne saurait être supprimé par inférence (*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319, au paragraphe 23; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574, au paragraphe 11). Il s'ensuit que toute ordonnance autorisant l'interception de communications avocat-client de M. Jaballah devait prévoir cela en termes explicites.

[33] Les avocats de M. Jaballah font valoir, deuxièmement, qu'en cas de doute quant au sens à attribuer à une ordonnance de justice, celle-ci doit être interprétée conformément aux dispositions de la Charte :

[34] Third, it is argued that Mr. Jaballah has not waived his Charter rights to a fair process in accordance with the principles of fundamental justice. The record demonstrates that Mr. Jaballah did not have the “requisite informational foundation for a true relinquishment of the right” (*R. v. Borden*, [1994] 3 S.C.R. 145, at page 162). Mr. Jaballah’s public counsel, the designated Judge, and CBSA appear to have understood the release order as not permitting interception of solicitor-client communications. Furthermore, it is argued that Mr. Jaballah’s consent would not be truly voluntary, since it would force him to choose between his Charter right to liberty and his right to solicitor-client privilege.

[35] Finally, Mr. Jaballah’s counsel point to the factual record in support of the position that the interception of solicitor-client communications was not authorized. The record suggests that all parties understood the release order as not authorizing the interception of solicitor-client privileged communications. CBSA officers apparently understood that solicitor-client mail was privileged, and also disengaged from solicitor-client calls. The ministers did not attempt to justify such an intrusion into Mr. Jaballah’s solicitor-client communications and consented to varying the release order. Justice Layden-Stevenson, the designated Judge, specifically commented that “the failure to provide some indication in the order in the first instance was due to an oversight both on the part of counsel and the court”.¹ All of these facts suggest that no one intended the release order to authorize the interception of Mr. Jaballah’s solicitor-client communications.

¹ Application Record, Exhibit I, Transcript of proceedings heard before the Honourable Madam Justice Layden-Stevenson, December 18, 2008, at pp. 2–3.

Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835 (arrêt *Dagenais*).

[34] Ils soutiennent, troisièmement, que M. Jaballah n’a aucunement renoncé au droit que lui confère la Charte relativement à l’équité procédurale dans le respect des principes de justice fondamentale. Le dossier démontre que M. Jaballah n’avait pas « les renseignements requis pour pouvoir renoncer réellement à ce droit » (*R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145, à la page 162). L’avocat de M. Jaballah pour l’audience publique, la juge désignée et l’ASFC semblent bien avoir compris que l’ordonnance de mise en liberté ne permettait pas l’interception des communications avocat-client. On fait en outre valoir que M. Jaballah ne pouvait d’ailleurs pas renoncer de son plein gré à ce droit, car il lui aurait fallu pour cela choisir entre le droit à la liberté, que lui garantit la Charte, et le droit de se prévaloir du privilège des communications entre avocat et client.

[35] Et, enfin, les avocats de M. Jaballah, se fondant sur les faits versés au dossier, affirment que l’interception des communications avocat-client n’était pas autorisée. Le dossier donne à penser que les parties comprenaient toutes que l’ordonnance de mise en liberté n’autorisait pas l’interception de communications couvertes par le secret professionnel de l’avocat. Les agents de l’ASFC avaient, semble-t-il, compris que le courrier entre avocat et client était couvert par le secret professionnel, et ils avaient cessé d’intercepter les appels téléphoniques entre avocat et client. Les ministres n’ont pas tenté de justifier cette intrusion dans les communications entre M. Jaballah et ses avocats, et ils ont consenti à une modification de l’ordonnance de mise en liberté. La juge Layden-Stevenson, juge désignée, a bien pris soin de faire remarquer que [TRADUCTION] « le fait de ne pas l’avoir précisé dans l’ordonnance constitue un oubli tant de la part des avocats que de la part de la Cour ».¹ Tout cela donne à penser que l’ordonnance de mise en liberté n’autorisait aux yeux de personne l’interception de communications avocat-client de M. Jaballah.

¹ Dossier de demande, pièce I, transcription de l’audience présidée par Madame la juge Layden-Stevenson, 18 décembre 2008, aux pages 2 et 3.

The Ministers' Position

[36] The ministers' primary position is that it is unnecessary to determine whether the telephone conversations between Mr. Jaballah and his counsel prior to December 2008 were privileged, as these communications have already been addressed by the amended release order. Further, it is unnecessary to determine whether the post-December 2008 communications were privileged, because there is nothing on the record to establish any monitoring of solicitor-client communications after December 2008.

[37] In the alternative, the ministers assert that the release order clearly authorized interception of all communications because the release order was drafted on consent and with the benefit of legal advice from senior counsel. Mr. Jaballah's counsel expressed some awareness that their communications could be monitored.² Because Mr. Jaballah and his counsel did not have an expectation of confidentiality around their communication, they do not meet the third criteria to establish solicitor-client privilege, as set out in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821. Therefore the solicitor-client communications at issue were never in fact privileged.

[38] In response to Mr. Jaballah's Charter arguments, the ministers argue that there is no principle that solicitor-client privilege cannot be abrogated by inference, or waived on consent. This is because, so it is argued, that privilege is not a free-standing Charter right, and does not engage the Charter waiver issues.

La thèse des ministres

[36] Les ministres font essentiellement valoir qu'il n'y a pas lieu en l'occurrence de décider si les conversations téléphoniques échangées avant le mois de décembre 2008 entre M. Jaballah et ses avocats étaient couvertes par le secret professionnel, étant donné que la question a été réglée par l'ordonnance modifiée de mise en liberté. Il n'y aurait pas non plus lieu de décider si, après le mois de décembre 2008, ces communications étaient toujours couvertes par le secret professionnel, étant donné qu'il n'y a, dans le dossier, rien qui permette d'affirmer que les communications avocat-client ont continué, après le mois de décembre 2008, à faire l'objet d'une surveillance.

[37] Les ministres font subsidiairement valoir qu'il est clair que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception de toutes les communications, étant donné que l'ordonnance a été rédigée sur consentement après consultation d'avocats chevronnés. Les avocats de M. Jaballah s'étaient dits conscients du fait que leurs communications pourraient faire l'objet d'une surveillance². M. Jaballah et ses avocats ne s'attendant pas à ce que leurs communications demeurent confidentielles, ils ne répondent pas au troisième critère permettant d'établir que les communications en question relevaient effectivement du privilège entre avocat et client, selon l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821. Par conséquent, les communications avocat-client ici en cause n'ont en fait jamais été couvertes par le secret professionnel.

[38] En réponse aux arguments développés par M. Jaballah au regard de la Charte, les ministres soutiennent qu'aucun principe n'interdit l'élimination par inférence du privilège du secret professionnel de l'avocat, ou la renonciation sur consentement. S'il en est ainsi, c'est selon eux parce que le secret professionnel ne constitue pas un droit distinct garanti par la Charte et ne soulève pas les questions de renonciation relatives à la Charte.

² Application Record, applicant's factum, at p. 31, footnote 34.

² Dossier de demande, mémoire du demandeur, p. 31, note 34.

[39] Finally, the ministers take the position that *Dagenais*, above, applies to court orders, but not to the ministers.

Discussion

[40] In my view, the positions of the ministers on issue one cannot be sanctioned for the reasons that follow.

[41] As noted at the outset, solicitor-client privilege is virtually sacrosanct in the Canadian judicial system. While not enshrined *per se* in the Charter, it is a fundamental underpinning of the judicial system that individuals are able to seek legal advice in complete confidence without the state or anyone else eavesdropping.

[42] The argument by the ministers that the release order sanctioned the interception, recording and monitoring of solicitor-client communications is simply not tenable. In my view this conclusion is supported for many reasons.

[43] First, because privileged solicitor-client communications are an accepted fundamental element of our judicial system, it cannot be said that the ministers' counsel at the time the release order was granted honestly believed that CBSA was given an open invitation to intercept, monitor and review solicitor-client communications. To obtain such a wide-ranging power to infringe a basic precept of law requires a specific request of the Court and supporting materials. No such specific authority was sought on the facts of this case. To obtain such a wide-ranging power to infringe Mr. Jaballah's solicitor-client privilege, the release order would have to authorize that in clear and unmistakable terms.

[44] Second, Mr. Jaballah could not be said to have consented to his solicitor-client communications

[39] Et, enfin, les ministres soutiennent que l'arrêt *Dagenais*, précité, s'applique aux ordonnances de la Cour, mais non aux ministres.

Analyse

[40] Je considère que la thèse défendue par les ministres quant à la première question ne peut pas être retenue, et cela, pour les raisons qui suivent.

[41] Nous avons d'emblée rappelé que le secret professionnel de l'avocat constitue un élément quasi inviolable de notre système judiciaire. S'il est vrai que ce privilège n'est pas à proprement parler garanti par la Charte, c'est néanmoins un pilier fondamental du système judiciaire, selon lequel une personne peut consulter en toute confidentialité un avocat sans être écouté clandestinement par l'État ou qui que ce soit.

[42] L'argument développé par les ministres, pour affirmer que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception, l'enregistrement et la surveillance de communications avocat-client n'est guère soutenable d'après moi, pour de nombreuses raisons.

[43] D'abord, le privilège des communications avocat-client étant reconnu comme un élément fondamental de notre système judiciaire, on ne saurait prétendre que, lorsqu'a été rendue l'ordonnance de mise en liberté, les avocats des ministres croyaient honnêtement que cette ordonnance donnait à l'ASFC toute latitude pour intercepter, surveiller et analyser les communications avocat-client. L'obtention d'une autorisation aussi large de passer outre à un précepte de droit fondamental exige que soit présentée à la Cour une demande spécifique accompagnée de documents à l'appui. Or, en l'occurrence, une telle autorisation précise n'a jamais été sollicitée. Pour que soit accordée une autorisation aussi générale d'enfreindre le privilège marquant les communications entre M. Jaballah et ses avocats, il aurait fallu que l'ordonnance de mise en liberté le prévoie en termes clairs et non équivoques.

[44] On ne saurait, deuxièmement, affirmer que M. Jaballah a consenti à ce que ses communications

monitored by CSIS. While it is easy, after the fact, for the ministers to point fingers at Mr. Jaballah's counsel and the Court for granting such a sweeping release order to justify their actions, the fact remains that it was not in the contemplation of anyone that this would take place. For example, as soon as it was learned that the interceptions were taking place an amendment to the release order was immediately issued on consent. The ministers at that time did not try and justify their actions nor did they seek leave of the Court to continue the interceptions. As Justice Layden-Stevenson stated, the failure to carve out protections for solicitor-client communications in the release order was an oversight. Furthermore, when the release order was amended, the amendment specified in the Mahjoub case that it was "for greater certainty", indicating that the amendment was intended to clarify the meaning of the original release order.

[45] Third, it is quite clear on the record that CBSA knew the importance of solicitor-client communications. This is evident from the fact that a CBSA officer inadvertently opened a letter from Mr. Mahjoub's counsel and immediately reported it to his superiors advising that as soon as he realized it was from counsel he did not read it. Mr. Mahjoub's release order and Mr. Jaballah's release order were identical in their substantive terms. CBSA knew they were not to intercept solicitor-client mail even though the release orders did not specifically exempt solicitor-client mail. Why is it different for telephone communications?

[46] Simply put, I agree with the submission made on behalf of Mr. Jaballah that something more than oversight is needed to authorize such a significant intrusion into solicitor-client communications.

[47] On the factual record before the Court I am satisfied that the release order did not authorize the

avec son avocat fassent, de la part du SCRS, l'objet d'une surveillance. Les ministres peuvent facilement, après coup, pointer du doigt les avocats de M. Jaballah ainsi que la Cour pour une ordonnance de mise en liberté leur offrant une si grande latitude qui justifierait leurs actions, mais il n'en demeure pas moins vrai que personne n'envisageait un tel résultat. C'est ainsi que dès la révélation des interceptions en cause, une modification de l'ordonnance de mise en liberté a été immédiatement adoptée sur consentement. Les ministres n'ont pas tenté, à l'époque, de justifier leur manière d'agir, et n'ont pas non plus sollicité de la Cour l'autorisation de continuer à intercepter les communications en question. La juge Layden-Stevenson a bien dit que le fait de ne pas avoir, dans l'ordonnance de mise en liberté, précisé les garanties accordées aux communications avocat-client était dû à un oubli. D'ailleurs, lorsque l'ordonnance de mise en liberté a été modifiée, la modification qui y a été apportée dans le cas de M. Mahjoub dit bien qu'« il est entendu », ce qui montre que l'amendement entendait clarifier le sens de l'ordonnance.

[45] Troisièmement, le dossier montre nettement que l'ASFC savait toute l'importance qui s'attache aux communications avocat-client. La preuve en est qu'un agent de l'ASFC qui, par inadvertance, a ouvert une lettre émanant de l'avocat de M. Mahjoub, a immédiatement signalé le fait à ses supérieurs, leur faisant savoir que, se rendant compte que la lettre émanait d'un avocat, il l'avait mise de côté sans la lire. L'ordonnance de mise en liberté visant M. Mahjoub, et l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah étaient essentiellement rédigées dans les mêmes termes. L'ASFC savait qu'elle ne devait pas intercepter le courrier entre un avocat et son client, même si les ordonnances de mise en liberté ne prévoyaient pas spécifiquement d'exemption à cet égard. Pourquoi en aurait-il été autrement des communications téléphoniques?

[46] Pour simplifier, j'admets l'argument avancé au nom de M. Jaballah selon qu'un oubli ne suffit pas à autoriser une telle intrusion dans les communications entre un avocat et son client.

[47] Je considère, au vu des faits versés au dossier, que l'ordonnance de mise en liberté n'autorisait pas

interception of the applicant's solicitor-client communications. Even if this were not so I accept Mr. Jaballah's Charter arguments on this point as further justification for this conclusion.

[48] The authorities cited provide more than ample authority to establish that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice. Mr. Jaballah's section 7 right to liberty is infringed by the fact that he is detained. Therefore, his detention must be in accordance with the principles of fundamental justice, including solicitor-client privilege, unless justified under section 1 of the Charter. The ministers have never suggested that it is necessary to monitor Mr. Jaballah's communications with his lawyers, and have never attempted to justify the solicitor-client interceptions under section 1.

[49] The record does not establish that Mr. Jaballah intended to waive his right to conditions of detention that are in accordance with the principle of solicitor-client privilege. If none of the parties understood the release order as authorizing the interception of his solicitor-client communications, Mr. Jaballah could not have knowingly consented to this even though he was represented by counsel.

[50] Finally, with respect to the argument that there is no evidence of interception of solicitor-client communications post-December 2008, there is evidence before the Court in the form of the disc of recordings provided at the hearing. It is a reasonable inference from all of the evidence before the Court that monitoring of solicitor-client communications continued into 2010. The ministers cannot rationally be of the belief that this did not happen.

l'interception des communications avocat-client du demandeur. Même s'il en était autrement, cette conclusion serait, d'après moi, justifiée au vu des arguments invoqués par M. Jaballah qui se fonde en cela sur les dispositions de la Charte.

[48] La jurisprudence citée en l'espèce établit que le privilège des communications entre avocat et client constitue un principe de justice fondamentale. Le droit à la liberté que la Charte garantit à M. Jaballah étant déjà entamé par le fait de sa détention, celle-ci doit respecter les principes de justice fondamentale, y compris le privilège des communications entre avocat et client, à moins qu'une exception à ce principe ne se justifie au titre de l'article premier de la Charte. Les ministres n'ont jamais laissé entendre que la surveillance des communications de M. Jaballah avec ses avocats était nécessaire, et n'ont jamais non plus tenté de justifier au regard de l'article premier l'interception des communications entre avocat et client.

[49] Le dossier ne permet aucunement de conclure que M. Jaballah entendait renoncer à son droit d'être détenu dans des conditions qui respectent le secret professionnel de l'avocat. Dans la mesure où aucune des parties ne pensait que l'ordonnance de mise en liberté autorisait l'interception de ses communications avec son avocat, M. Jaballah ne pouvait guère y avoir consenti en connaissance de cause, bien qu'il ait été représenté par avocat.

[50] Enfin, en ce qui concerne l'argument voulant qu'en l'espèce, rien ne démontre que des communications avocat-client aient été interceptées après le mois de décembre 2008, la Cour dispose à cet égard de preuves, en l'occurrence un disque des enregistrements effectués, produit à l'audience. On peut raisonnablement conclure de l'ensemble des preuves soumises à la Cour que la surveillance des communications avocat-client s'est poursuivie jusqu'en 2010. Les ministres ne peuvent pas rationnellement croire qu'il n'en est pas ainsi.

Issue Two: Is possession of the intercepts sufficient to make out a breach of solicitor-client communications or is it necessary for the Ministers to have used or relied on the privileged material?

Deuxième question : La simple possession des interceptions suffit-elle à constituer la violation du privilège des communications avocat-client ou faudrait-il pour cela que les ministres aient fait une quelconque utilisation de renseignements couverts par le secret professionnel?

The Jaballah Position

[51] Mr. Jaballah argues that possession is the triggering factor for a breach of solicitor-client privilege. The party who is asserting the breach does not bear the burden of establishing that the party who has come into possession of solicitor-client material has relied on the material in some way.

[52] Further, Mr. Jaballah points to the Supreme Court's decision in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 (*Celanese*) to support this proposition. In this case, the Supreme Court repeatedly stated that possession of solicitor-client information was sufficient to establish a breach of solicitor-client privilege:

– Paragraph 34: “Even granting that solicitor-client privilege is an umbrella that covers confidences of differing centrality and importance, such possession by the opposing party affects the integrity of the administration of justice.”

– At paragraph 42, the Court notes that in *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235, Justice Sopinka held that the moving party need only establish that the opposing party has obtained solicitor-client information relevant to the matter at hand. There was no obligation to adduce further evidence of the nature of the information.

– Paragraph 46: “The gravamen of the problem here is the possession by opposing solicitors of relevant and

La thèse de M. Jaballah

[51] Selon M. Jaballah, la possession constitue déjà une violation du privilège des communications entre avocat et client. La partie invoquant une telle violation n'a pas à établir que la partie qui a en sa possession des renseignements couverts par le secret professionnel de l'avocat a utilisé ces renseignements de quelque manière.

[52] M. Jaballah invoque à l'appui de cet argument l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 (arrêt *Celanese*). Dans cette affaire, la Cour suprême a rappelé à plusieurs reprises que la possession de renseignements échangés entre un avocat et son client suffit à établir qu'il y a eu violation du privilège des communications avocat-client :

– Paragraphe 34 : « Même en admettant que les renseignements confidentiels protégés par le privilège avocat-client n'ont pas tous la même importance et le même caractère crucial, la possession de tels renseignements par la partie adverse compromet l'intégrité de l'administration de la justice. »

– Au paragraphe 42, la Cour relève que, dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235, le juge Sopinka a estimé que la partie requérante avait seulement à établir que la partie adverse avait obtenu des renseignements couverts par le secret professionnel concernant l'objet de litige. Il n'y aurait donc pas d'obligation de produire d'autres éléments de preuve concernant la nature des renseignements en question.

– Paragraphe 46 : « En l'espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession

confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever.”

[53] Finally, at paragraphs 48–51, the Supreme Court also held that the onus of establishing that the solicitor-client breach did not cause prejudice falls to the party in receipt of the solicitor-client information.

[54] In Mr. Jaballah’s submission, *Celanese* is a complete answer to the ministers’ argument that possession is not sufficient to trigger a breach of solicitor-client privilege.

The Ministers’ Position

[55] The ministers argue that CBSA and CSIS’s possession of solicitor-client communications is not sufficient to establish a breach of solicitor-client privilege. The ministers assert that *Celanese* is a case about removal of counsel, and that the condition precedent for the *Celanese* principles to apply is possession of solicitor-client information by counsel, not the client.

[56] In the present case, there is no allegation that counsel has come into possession of solicitor-client communications, and therefore it is argued that *Celanese* has no application. In the ministers’ view, the Court should distinguish between counsel and client in this case, because CBSA and CSIS strictly control the confidential information on a need-to-know basis. There is therefore no basis for presuming that the monitoring of solicitor-client communications resulted in any prejudice to Mr. Jaballah.

[57] Further, the ministers also note that the original release order required them to intercept solicitor-client

de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client et à l’égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit. »

[53] Et enfin, aux paragraphes 48 à 51, la Cour suprême a également estimé que c’est à la partie qui obtient les renseignements confidentiels qu’il appartient d’établir que cette violation du secret professionnel n’a entraîné aucun préjudice.

[54] Selon M. Jaballah, l’arrêt *Celanese* permet de réfuter intégralement l’argument développé par les ministres pour affirmer que la simple possession ne suffit pas à constituer la violation du privilège des communications entre avocat et client.

La thèse des ministres

[55] Les ministres soutiennent que la possession, par l’ASFC et le SCRS, de communications couvertes par le secret professionnel ne suffit pas à établir la violation du privilège des communications avocat-client. Selon les ministres, dans l’affaire *Celanese*, il s’agissait de déclarer un avocat inhabile à occuper et l’application des principes dégagés dans l’arrêt *Celanese* suppose que les renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat soient en la possession d’un avocat, et non en la possession de son client.

[56] Dans la mesure où personne ne prétend, en l’espèce, qu’un des avocats des ministres a eu en sa possession des renseignements découlant de communications couvertes par le secret professionnel de l’avocat, les principes dégagés dans le cadre de l’arrêt *Celanese* ne s’appliqueraient pas. Les ministres font valoir qu’en l’occurrence, la Cour devrait faire une distinction entre avocat et client car, appliquant le principe du besoin de connaître, l’ASFC et le SCRS contrôlent très étroitement la diffusion de renseignements confidentiels. Rien ne permettrait, par conséquent, de présumer que la surveillance des communications avocat-client a causé à M. Jaballah un préjudice.

[57] Les ministres rappellent en outre qu’aux termes de l’ordonnance de mise en liberté initiale, ils étaient

communications. Thus, it cannot be that there is an adverse inference of prejudice where the ministers come into possession of solicitor-client information as a natural consequence of a Court order.

Discussion

[58] The possession of the solicitor-client communications by an opposing party, as noted by the Supreme Court in *Celanese*, “affects the integrity of the administration of justice.” Having determined that the interception of solicitor-client communications was not duly authorized, it is up to the ministers to demonstrate on the abuse of process motion that it did not cause prejudice to Mr. Jaballah.

[59] The ministers’ argument that *Celanese* has no application because it only deals with removal of counsel and the possession by counsel of privileged solicitor-client communications does not hold water.

[60] The ministers are entirely correct that *Celanese* is a case about counsel, and much of the Supreme Court’s analysis is focused on the right to be represented by counsel of choice. It is also to be noted that some of the reasoning in *Celanese* is predicated on the fact that the solicitor-client material was obtained through an *Anton Piller* order, which placed certain duties on the counsel executing the order. Notwithstanding these differences, the general principles from *Celanese* should apply in this case.

[61] In *Celanese*, the Supreme Court identified four reasons why a presumption of prejudice should apply once possession of privileged information is established, and why the party who obtained the confidential information to which they are not entitled should bear the

tenu d’intercepter les communications avocat-client. Selon eux, le fait qu’ils aient eu en leur possession des renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat est une conséquence naturelle de l’ordonnance de la Cour, et cette possession ne saurait donc entraîner une inférence défavorable quant à un éventuel préjudice.

Analyse

[58] Comme la Cour suprême l’a relevé dans l’arrêt *Celanese*, la possession par la partie adverse de renseignements protégés par le privilège avocat-client « compromet l’intégrité de l’administration de la justice ». Puisqu’il a été décidé que l’interception de communications avocat-client n’avait pas été en l’occurrence dûment autorisée, il appartient aux ministres de démontrer, dans le cadre de la requête pour abus de procédure, que cette interception n’a causé à M. Jaballah aucun préjudice.

[59] L’argument avancé par les ministres, qui soutiennent que l’arrêt *Celanese* ne s’applique pas en l’espèce, car il ne concerne qu’une déclaration d’incapacité à occuper et la possession par un avocat de renseignements découlant de communications avocat-client ne tient pas debout.

[60] Les ministres ont raison de rappeler que l’arrêt *Celanese* concernait un avocat, et qu’une grande partie de l’analyse à laquelle la Cour suprême s’est livrée portait sur le droit d’être représenté par l’avocat de son choix. Il convient également de rappeler que, dans l’arrêt *Celanese*, une partie de la démarche de la Cour se fonde sur le fait que des renseignements couverts par le secret professionnel de l’avocat avaient été obtenus dans le cadre d’une ordonnance *Anton Piller*, qui impose à l’avocat qui en assure l’exécution, un certain nombre d’obligations. Nonobstant ces différences, les principes généraux retenus dans le cadre de l’arrêt *Celanese* s’appliquent en l’espèce.

[61] Dans l’arrêt *Celanese*, la Cour suprême précise les quatre raisons entraînant une présomption de préjudice dès qu’est établie la possession de renseignements privilégiés, expliquant pourquoi c’est à la partie ayant obtenu des renseignements confidentiels auxquels elle

onus of rebutting this presumption. All of these reasons are applicable to the case at bar, although with some modifications.

[62] First, the ministers are best positioned to discharge the burden of establishing that there was no prejudice to Mr. Jaballah. He has no knowledge of who had contact with the solicitor-client communications and how the information was handled. The ministers do.

[63] Second, putting the onus on the party conducting the search (or in this case, the monitoring) increases the incentive on its part to take care to ensure that privileged information is appropriately protected in the first place. This factor is particularly relevant in circumstances where Mr. Jaballah was required to consent to the monitoring in order to be released from lengthy detention, and where it appears that monitoring of solicitor-client communications continued after December 2008, contrary to the release order and the assurances given by the ministers.

[64] Third, the Supreme Court found that in the circumstances of an *Anton Piller* order, it was procedurally unfair to subject a party to a surprise search where solicitor-client information is seized under an extraordinary order, and then throw the onus on the party subjected to the seizure to demonstrate prejudice. While the facts of this case are considerably different it is nonetheless procedurally unfair to require Mr. Jaballah to bear the onus of demonstrating prejudice caused by the solicitor-client breaches, in circumstances where he was required to grant the ministers extraordinary access to his communications in order to be released from lengthy incarceration.

[65] Finally, the Supreme Court noted that under the terms of the *Anton Piller* order, Celanese should have kept careful records, and should be able to discharge the

n'avait pas droit qu'il appartient de réfuter cette présomption. À quelques modifications près, ces raisons s'appliquent en l'espèce.

[62] D'abord, les ministres sont les plus aptes à s'acquitter de l'obligation d'établir que M. Jaballah n'a subi aucun préjudice. Celui-ci ignore en effet qui a eu connaissance des communications entre lui et ses avocats et comment les renseignements en question ont été traités. Les ministres, eux, le savent.

[63] Deuxièmement, le fait de faire peser le fardeau de la preuve sur la partie qui procède à la perquisition (ou, en l'occurrence, à la surveillance) l'incite à faire en sorte que les renseignements privilégiés soient correctement protégés dès le départ. La question revêt une importance particulière en l'occurrence, puisque, pour être remis en liberté après une longue période de détention, M. Jaballah a dû consentir à cette surveillance et qu'il semble bien que, contrairement aux conditions de l'ordonnance de mise en liberté et aux assurances données par les ministres, la surveillance des communications avocat-client a continué après le mois de décembre 2008.

[64] Troisièmement, la Cour suprême a jugé que, compte tenu des circonstances donnant lieu à une ordonnance *Anton Piller*, il est inéquitable sur le plan procédural de soumettre une partie à une perquisition-surprise au cours de laquelle des communications avocat-client confidentielles sont saisies en vertu d'une ordonnance extraordinaire, puis d'imposer à cette même partie l'obligation de démontrer que cette saisie lui a causé un préjudice. Les faits et circonstances qui retiennent en l'espèce notre attention s'écartent sensiblement des faits de cette autre affaire, mais il serait néanmoins inéquitable sur le plan procédural d'imposer à M. Jaballah le fardeau de démontrer le préjudice que lui auraient occasionné ces violations du privilège des communications avocat-client, alors que, pour être remis en liberté après une longue période de détention, il a été obligé d'accorder aux ministres un accès extraordinaire à ses communications.

[65] Et enfin, la Cour suprême a jugé que, selon les conditions afférentes à une ordonnance *Anton Piller*, Celanese aurait dû tenir des dossiers très complets et être

onus of rebutting the presumption of prejudice. While the ministers in this case are not subject to the terms of an *Anton Piller* order, ministers' counsel emphasized that the handling of information by his clients is subject to very strict regulation. The ministers should therefore also be able to discharge the onus to rebut the presumption of prejudice.

[66] If the ministers' argument that *Celanese* has no application is correct, and it was only the client that had access to the solicitor-client communications, how is one to know whether the instructions given to counsel in the conduct of the proceeding were tailored to undermine positions or strategies of the opposing party? There is no evidence on this motion that such is the case. However, that prospect is clearly there if the client has access to solicitor-client communications. In my view, this would bring the administration of justice into disrepute. Thus, *Celanese* cannot be narrowly interpreted to mean that only if solicitor-client communications fall into the possession of the opposing party, as opposed to their counsel, there has been a breach of solicitor-client privilege.

[67] The real issue is whether the ministers can rebut the presumption of prejudice, given the information in the record regarding CBSA and CSIS' handling of solicitor-client communications, and the assurances given that solicitor-client information was not used or relied on.

[68] Further, although the release order can be read as permitting the interception of solicitor-client privileged communications, for the reasons noted above this does not legitimize the possession by the ministers of the solicitor-client information nor does the release order compel the ministers to intercept solicitor-client communications. It can be said just as easily that the possession of solicitor-client mail was required by the release order, yet the protocol utilized by CBSA was that

en mesure de réfuter, comme il lui incombait de le faire, la présomption de préjudice. Les ministres n'étaient pas astreints aux exigences conditionnant une ordonnance *Anton Piller*, mais leur avocat insiste sur le fait que le traitement des renseignements recueillis par ses clients est très étroitement contrôlé. Les ministres devraient, par conséquent, être aussi en mesure de réfuter, comme il leur appartient de le faire, la présomption de préjudice.

[66] Si les ministres étaient fondés à soutenir que les règles dégagées dans le cadre de l'arrêt *Celanese* ne s'appliquent pas en l'espèce, faisant valoir qu'en occurrence, seuls les clients avaient eu accès à des communications couvertes par le secret professionnel, comment parviendrait-on à savoir si les instructions données aux avocats quant à la manière de procéder n'ont pas été conçues de manière à ébranler la position ou les stratégies de la partie adverse? Il n'y a, dans le cadre de cette requête, rien qui porte à penser qu'il en ait été ainsi. La possibilité existe néanmoins dans l'hypothèse où le client a accès à des communications couvertes par le secret professionnel de l'avocat. Cela tendrait, d'après moi, à déconsidérer l'administration de la justice. On ne saurait, pour cela, donner à l'arrêt *Celanese* une interprétation étroite voulant que la violation de communications privilégiées n'est constituée que si les communications avocat-client sont aux mains de la partie adverse, par opposition aux mains de l'avocat de la partie adverse seulement.

[67] La question est en fait de savoir si, compte tenu de ce que le dossier indique quant à la manière dont l'ASFC et le SCRS ont traité les communications avocat-client, et de leur assurance qu'ils n'ont fait aucun usage de renseignements relevant du secret professionnel de l'avocat, les ministres sont à même de réfuter la présomption de préjudice.

[68] Bien que l'ordonnance de mise en liberté puisse être interprétée comme permettant l'interception de communications avocat-client, cela ne légitime en rien, pour les raisons exposées ci-dessus, la possession, par les ministres, de renseignements relevant du privilège des communications entre avocat et client, et les ministres n'étaient aucunement tenus, aux termes de l'ordonnance de mise en liberté, d'intercepter des communications avocat-client. On pourrait aussi bien dire

such mail was not to be opened. The release order is permissive and does not require CSIS to intercept. If there was any doubt by CSIS, as there should have been, then all parties should have immediately returned to Court.

[69] For all of these reasons, it is my view that a breach has been made out which opens the door to production of documentation as discussed below.

Issue Three: Is Mr. Jaballah entitled to disclosure of the secondary documents under section 7 of the Charter and/or *Charkaoui II*?

Mr. Jaballah's Position

[70] In his written representations, Mr. Jaballah states that this motion is intended to provide him with the information he needs to litigate his forthcoming Charter application fairly and efficiently. He asserts that he must have access to this information in order to make full answer and defence in the proceedings against him.

[71] At the hearing, Mr. Jaballah placed significant reliance on his section 7 right to procedural fairness. In his view, the ministers' breach of solicitor-client privilege has the potential to compromise the fairness of the proceedings against him. It would be contrary to the principles of fundamental justice for the ministers to breach solicitor-client privilege, and then use the fruits of the breach against Mr. Jaballah, either directly or indirectly.

que l'ordonnance de mise en liberté exigeait la possession du courrier échangé entre le client et son avocat. Pourtant, aux termes du protocole adopté par l'ASFC, ce courrier ne devait pas être ouvert. L'ordonnance de mise en liberté offre une simple faculté et n'exige aucunement du SCRS qu'il intercepte de telles communications. Si, comme il aurait dû, le SCRS avait eu, à cet égard le moindre doute, les parties auraient dû immédiatement s'adresser à la Cour.

[69] Pour l'ensemble de ces motifs, j'estime que la violation est en l'espèce établie et que cela ouvre droit à la production des documents en question, ainsi que nous allons le voir ci-dessous.

Troisième question : M. Jaballah est-il, aux termes de l'article 7 de la Charte et/ou des règles dégagées dans l'arrêt *Charkaoui II*, en droit d'obtenir la communication des documents secondaires?

La thèse de M. Jaballah

[70] Dans ses observations écrites, M. Jaballah soutient que la présente requête devrait lui permettre d'obtenir les renseignements dont il aura besoin pour plaider dans des conditions d'équité et d'efficacité la cause qu'il va bientôt devoir défendre sur la base des dispositions de la Charte. Il affirme avoir besoin de ces renseignements afin de pouvoir opposer aux accusations portées contre lui une défense pleine et entière.

[71] À l'audience, M. Jaballah a beaucoup insisté sur l'équité procédurale qui lui est garantie par l'article 7. Il estime que la violation par les ministres du secret professionnel qui lie un avocat à son client risque de nuire à l'équité des procédures engagées à son encontre. Il serait, selon lui, contraire aux principes de justice fondamentale de permettre aux ministres, après avoir porté atteinte au secret professionnel de l'avocat, d'employer contre lui, de manière directe ou indirecte, les résultats de cette atteinte.

[72] Refusing disclosure of relevant documentation would therefore allow the state to breach solicitor-client privilege in a fundamental way, and then force the individual to take their word that the breach has been rectified. The state should not be allowed to withhold information that goes directly to the fairness of the proceedings.

The Ministers' Position

[73] The ministers contend that Mr. Jaballah's motion must fail, because it is based on the right to make full answer and defence, a concept which does not apply to security certificate proceedings.

[74] They further argue that even if the concept of full answer and defence could be imported into security certificate proceedings, it does not apply in the context of an abuse of process motion, for two reasons. First, Mr. Jaballah's innocence is not at stake, and second, he is the moving party. Mr. Jaballah cannot claim a right to make full answer and defence in regard to his own application. He cannot engage in a fishing expedition under cover of full answer and defence by launching an abuse of process motion.

[75] The ministers argue that the right to disclosure in security certificate cases is founded on the section 7 right to procedural fairness, not on full answer and defence. Specifically, it is founded on the right to know the case made by the ministers in support of the reasonableness of the certificate. The documents sought by Mr. Jaballah have nothing to do with the case made by the ministers, or the reasonableness of the certificate. Therefore, Mr. Jaballah is not entitled to production of these documents under the *Charkaoui II* principles.

[72] Le refus de lui communiquer les documents pertinents, non seulement permettrait à l'État d'enfreindre gravement le privilège du secret professionnel de l'avocat, mais forcerait ensuite l'intéressé à croire l'État sur parole lorsque celui-ci affirme qu'il a été mis fin à l'atteinte en question. Il ne devrait pas être permis à l'État de retenir des renseignements qui concernent directement l'équité de l'instance.

La thèse des ministres

[73] Les ministres soutiennent que la requête de M. Jaballah doit être rejetée, car elle se fonde sur le droit de présenter une défense pleine et entière, concept qui ne s'applique pas dans une instance relative à un certificat de sécurité.

[74] Ils soutiennent par ailleurs que, même si le concept de défense pleine et entière pouvait être invoqué dans une instance relative à un certificat de sécurité, ce concept ne pourrait pas, pour deux raisons, s'appliquer dans le cadre d'une requête pour abus de procédure. Selon eux, l'innocence de M. Jaballah n'est pas en cause en l'espèce et, deuxièmement, il est lui-même l'auteur de la requête. M. Jaballah ne peut pas invoquer le droit de présenter une défense pleine et entière dans le cadre d'une requête qu'il a lui-même présentée. Il ne peut pas, par le biais d'une requête pour abus de procédure et sous prétexte de défense pleine et entière, se lancer à l'aveuglette dans une pêche aux documents.

[75] Selon les ministres, dans une instance relative à un certificat de sécurité, le droit à la communication de documents se fonde sur l'article 7 de la Charte qui garantit l'équité de la procédure, et non le droit de présenter une défense pleine et entière. Il s'agit, plus précisément, du droit de savoir quels sont les arguments que les ministres vont invoquer pour démontrer que le certificat en question est raisonnable. Or, les documents dont M. Jaballah demande la communication, n'ont à voir ni avec les arguments que vont invoquer les ministres, ni avec le caractère raisonnable du certificat. Par conséquent, selon les principes dégagés dans l'arrêt *Charkaoui II*, M. Jaballah n'a pas droit à la communication des documents qu'il demande.

Discussion

[76] Security certificate cases are not conducted pursuant to principles evolved from criminal law. They are *sui generis* proceedings (see *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraph 53). They are a hybrid proceeding with a different burden of proof and a legislative admonition (see paragraph 83(1)(a) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of IRPA) which requires that these proceedings be conducted as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.

[77] Full answer and defence is a criminal law concept. It has no automatic application to certificate cases. While Mr. Jaballah raises this concept in support of his forthcoming Charter application, whether it applies or not need not be decided on this motion.

[78] The simple answer to this issue is based on procedural fairness. It is neither procedurally nor fundamentally fair for the ministers to access solicitor-client communications, many of which are privileged, and have the ability to use that information directly or indirectly against the interests of Mr. Jaballah. There is no evidence that either CBSA or CSIS have done so, but the fact remains that they have accessed and were in possession of such communications. The documents sought go to the fundamental fairness of the proceeding. It is not a question of Mr. Jaballah knowing the case he has to meet, but rather knowing the extent to which information obtained through the intercepts has been used, directly or indirectly.

[79] In *Charkaoui II* the Supreme Court emphasized the flexible nature of the Charter's section 7 rights to procedural fairness. Section 7 does not require a particular procedure. The appropriate procedural protections are determined through a contextual analysis, based on

Analyse

[76] Les instances relatives à un certificat de sécurité ne se mènent pas selon les principes développés dans le cadre du droit pénal. Il s'agit, en effet, d'une procédure *sui generis* (voir *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, au paragraphe 53). La procédure a une nature mixte, où la charge de la preuve est différente et où le législateur a voulu (voir la LIPR, à l'alinéa 83(1)a) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4]) que l'on procède sans formalisme et selon une procédure expéditive, dans la mesure où le permettent les circonstances ainsi que les considérations d'équité et de justice naturelle.

[77] Le concept de défense pleine et entière est un concept de droit pénal. Il ne s'applique pas automatiquement aux affaires de certificat de sécurité. Il est vrai que M. Jaballah invoque ce concept à l'appui de l'action qu'il va engager sur le fondement des dispositions de la Charte, mais il n'y a pas lieu de décider, dans le cadre de la présente requête, si ce concept s'applique ou non.

[78] C'est une simple question d'équité procédurale. Il n'est conforme ni à l'équité procédurale ni à l'équité tout court de permettre à des ministres qui ont eu accès à des communications avocat-client, dont bon nombre sont couvertes par le secret professionnel, de pouvoir directement ou indirectement utiliser contre M. Jaballah, les renseignements ainsi obtenus. Rien n'indique que l'ASFC ou le SCRS ait procédé ainsi, mais il n'en demeure pas moins qu'ils ont eu accès à ces communications et les ont eues en leur possession. Les documents dont la communication est demandée concernent les exigences d'équité fondamentale applicables à la procédure. La question en l'occurrence ne concerne pas les moyens de faire en sorte que M. Jaballah connaisse les arguments auxquels il va devoir répondre, mais plutôt la question de savoir dans quelle mesure il a été fait un usage, direct ou indirect, des renseignements obtenus dans le cadre des interceptions en cause.

[79] Dans l'arrêt *Charkaoui II*, la Cour suprême insiste sur la souplesse inhérente aux garanties procédurales reconnues à l'article 7 de la Charte. L'article 7 n'impose pas un type particulier de procédure. Les garanties procédurales qui s'appliquent sont précisées dans le cadre

the factors set out in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 [at paragraph 115]: the nature of the decision to be made, the role of the particular decision in the statutory scheme, the importance of the decision to the individual affected, the legitimate expectations of the person challenging the decision, and the choice of procedure made by the agency (*Charkaoui II*, at paragraph 57).

[80] Applying the *Suresh* factors to the security certificate context, the Supreme Court held that (*Charkaoui II*, at paragraph 58):

In the context of information provided by CSIS to the ministers and the designated judge, the factors considered in *Suresh* confirm the need for an expanded right to procedural fairness, one which requires the disclosure of information, in the procedures relating to the review of the reasonableness of a security certificate and to its implementation. As we mentioned above, these procedures may, by placing the individual in a critically vulnerable position vis-à-vis the state, have severe consequences for him or her.

[81] The ministers argue that *Charkaoui II* disclosure should be limited to information relating to the reasonableness of the certificate. I do not agree that *Charkaoui II* should be read so restrictively. As Mr. Jaballah's counsel noted, when discussing the procedural rights accorded by section 7, the Supreme Court used the word "includes" (see, for example, paragraph 56), which does not suggest a restrictive approach.

[82] More importantly, I do not think that Mr. Jaballah's right to procedural fairness is limited to the determination of the reasonableness of his certificate. While it is clear that the procedure for determining the reasonableness of Mr. Jaballah's security certificate must be in accordance with the principles of fundamental justice, it is also true that Mr. Jaballah's detention engages his section 7 rights by limiting his liberty. The circumstances of his detention, including the monitoring of his communications, must also be in accordance with the

d'une analyse contextuelle fondée sur les facteurs dégagés par l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 [au paragraphe 115] : la nature de la décision recherchée, le rôle que joue la décision particulière au sein du régime législatif, l'importance de la décision pour la personne visée, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision et les choix de procédure que l'organisme fait lui-même (*Charkaoui II*, au paragraphe 57).

[80] Appliquant les facteurs dégagés par l'arrêt *Suresh* à une affaire de certificat de sécurité, la Cour suprême a jugé que (*Charkaoui II*, au paragraphe 58) :

Dans le contexte de l'information fournie aux ministres et au juge désigné, l'application des facteurs étudiés dans *Suresh* confirme la nécessité d'un droit élargi à l'équité procédurale, qui impose la divulgation de la preuve, dans le cadre des procédures reliées à l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité et à sa mise en œuvre. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en plaçant la personne dans un état de vulnérabilité critique vis-à-vis de l'État, ces procédures entraînent potentiellement des conséquences graves pour elle.

[81] Selon les ministres, la divulgation des documents telle que le prévoit l'arrêt *Charkaoui II* devrait se limiter aux renseignements intéressant le caractère raisonnable du certificat. Selon moi, l'arrêt *Charkaoui II* n'appelle pas une interprétation aussi restrictive. Comme l'avocat de M. Jaballah l'a fait remarquer au sujet des garanties procédurales accordées par l'article 7, la Cour suprême a utilisé (dans la version française) les mots « comprend » et « inclut » (voir, à cet égard, le paragraphe 56), ce qui n'est pas l'indice d'une approche restrictive de la question.

[82] Ce qui importe davantage, cependant, c'est que, selon moi, le droit à l'équité procédurale garanti à M. Jaballah dépasse la simple détermination du caractère raisonnable du certificat de sécurité. S'il est évident que la procédure permettant de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité visant M. Jaballah doit être conforme aux principes de justice fondamentale, il est également vrai que la détention dont a fait l'objet M. Jaballah fait intervenir les droits qui lui sont garantis par l'article 7. Les conditions de sa

principles of fundamental justice. Fundamental justice includes the principle of solicitor-client privilege (*Lavallee, Rackel & Heintz*, above, at paragraph 26) and also includes the common law principles of procedural fairness (*Suresh*, above, at paragraph 113). Thus, even if *Charkaoui II* could be read as limited to disclosure relating to the reasonableness of the certificate, section 7 procedural fairness rights are still applicable in this motion.

[83] The link between disclosure and the fairness of the proceedings is most obvious when the disclosure is related to the reasonableness of the certificate; because Mr. Jaballah must know the case he has to meet.³ The difficulty on this motion is that the link between the disclosure requested by Mr. Jaballah and the fairness of the proceedings is much less direct. This motion does not directly challenge the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah: “the Court is not at this stage being called on to decide whether the interception of Mr. Jaballah’s solicitor-client telecommunications has prejudiced the fairness of the proceedings against him” (paragraph 38 of the Jaballah written representations). Yet, in order to grant the remedy requested under section 7, the Court must find that disclosure is necessary to ensure the proceedings are fair.

[84] Similarly, the motion is not simply a claim for breach of solicitor-client privilege, an issue which presumably will also be dealt with in the Charter application. Because solicitor-client privilege is a substantive right, this may be sufficient grounds on which to order the relief requested, without relying on the Charter. In *Descôteaux et al. v. Mierzewski*, [1982] 1 S.C.R. 860 [at page 871], the Supreme Court recognized that a

détention, y compris la surveillance de ses communications, doivent, elles aussi, être conformes aux principes de justice fondamentale. Or, la justice fondamentale englobe le privilège des communications avocat-client (*Lavallee, Rackel & Heintz*, précité, au paragraphe 26), et comprend également les principes d’équité procédurale reconnus en common law (*Suresh*, précité, au paragraphe 113). Donc, bien que l’arrêt *Charkaoui II* puisse être interprété comme n’exigeant que la divulgation de documents concernant le caractère raisonnable du certificat, le droit à l’équité procédurale garanti par l’article 7 s’applique néanmoins à la présente requête.

[83] Le rapport entre divulgation et équité procédurale est particulièrement évident lorsque la question de la divulgation est liée à celle du caractère raisonnable du certificat, car M. Jaballah doit savoir quels sont les arguments auxquels il va devoir répondre³. Ce qui, dans cette requête, fait problème, c’est que le lien entre la divulgation des documents demandés par M. Jaballah et l’équité procédurale est beaucoup moins direct. La présente requête ne met pas directement en cause l’équité de la procédure engagée à l’encontre de M. Jaballah : [TRADUCTION] « Il n’est pas, à cette étape de la procédure, demandé à la Cour de dire si l’interception des télécommunications avocat-client de M. Jaballah a nui à l’équité des procédures engagées à son encontre » (paragraphe 38 des observations écrites de M. Jaballah). Pour accorder le redressement sollicité au titre de l’article 7, la Cour doit, cependant, dire que l’équité exige en l’occurrence la production des documents en question.

[84] Dans le même ordre d’idée, cette requête ne porte pas simplement sur l’atteinte au privilège des communications avocat-client, question qui, suppose-t-on, sera également examinée dans le cadre de l’action engagée par M. Jaballah au titre des dispositions de la Charte. Le privilège des communications avocat-client étant un droit substantiel, il se peut que cela soit, en l’espèce, suffisant pour accorder le redressement sollicité sans

³ On the issue of knowing the case to be met, the Court has made a direction regarding the provision of will-says and expert reports prior to the commencement of the reasonableness hearing.

³ En ce qui concerne la connaissance des arguments auxquels il va falloir répondre, la Cour a rendu une directive sur la remise, avant le début de l’audience dans le cadre de laquelle sera examiné le caractère raisonnable du certificat en question, d’un résumé des témoignages attendus et des rapports d’expert.

breach of solicitor-client privilege can give rise to a variety of remedies:

Like other personal, extra-patrimonial rights, it gives rise to preventive or curative remedies provided for by law, depending on the nature of the aggression threatening it or of which it was the object. Thus a lawyer who communicates a confidential communication to others without his client's authorization could be sued by his client for damages; or a third party who had accidentally seen the contents of a lawyer's file could be prohibited by injunction from disclosing them. [Footnote omitted.]

[85] Instead, Mr. Jaballah argued that he needs disclosure in order to pursue his forthcoming Charter application. I am not satisfied this is sufficient grounds to justify granting disclosure, particularly if full answer and defence does not apply outside of the criminal law context. However, under section 7 of the Charter, the question is whether production of the collateral documents is necessary in order to ensure the proceedings against Mr. Jaballah are fundamentally fair.

[86] In this motion, given that the impact of the interceptions on the fairness of the proceedings cannot be determined yet, is it not reasonable to find that disclosure of the collateral documents are necessary in order to determine whether the solicitor-client breach has impaired the fairness of the proceedings? When viewed in this light, disclosure is necessary to ensure the proceedings are fair.

[87] There are several factors which suggest these documents should be disclosed in order to ensure the procedure against Mr. Jaballah is fair. As the Supreme Court noted at paragraph 54 of *Charkaoui II*, "Investigations by CSIS play a central role in the decision on the issuance of a security certificate and the consequent removal order." If CSIS (or CBSA) agents have been monitoring solicitor-client communications, the potential impact on the fairness of the proceedings, depending on the ultimate evidence before the

faire appel aux dispositions de la Charte. Dans l'arrêt *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860 [à la page 871], la Cour suprême a reconnu que la violation du secret professionnel qui lie un avocat à son client peut donner lieu à divers types de redressement :

Il donne ouverture, tout comme les autres droits personnels extra-patrimoniaux, aux recours préventifs ou curatifs que le droit prévoit selon la nature de l'agression qui le menace ou dont il a été l'objet. Ainsi, pourrait être poursuivi en dommages par son client l'avocat qui communiquerait à d'autres sans son autorisation une communication confidentielle; ou encore, pourrait être frappé d'une injonction lui interdisant la divulgation du contenu du dossier d'un avocat le tiers qui par accident en aurait pris connaissance. [Renvoi omis.]

[85] M. Jaballah affirme plutôt que la divulgation des documents en question est nécessaire à l'action qu'il a engagée au titre des dispositions de la Charte. Je ne suis pas convaincu que ce soit là un motif suffisant pour que la Cour ordonne la divulgation, notamment si le concept de défense pleine et entière ne s'applique qu'en matière pénale. Au regard de l'article 7 de la Charte, par contre, la question est de savoir si la production des documents accessoires est nécessaire pour assurer l'équité fondamentale des instances engagées à l'encontre de M. Jaballah.

[86] Dans le cadre de la présente requête, étant donné qu'on ne peut pas encore se prononcer sur les incidences possibles des interceptions en question sur le caractère équitable de la procédure, ne doit-on pas conclure que, pour décider si l'atteinte au privilège des communications avocat-client a nui à l'équité de l'instance, la divulgation des documents accessoires est nécessaire? Vue sous cet angle, l'équité procédurale exige effectivement la divulgation.

[87] Plusieurs facteurs donnent à penser que les documents en question doivent être divulgués pour s'assurer que la procédure engagée contre M. Jaballah se déroule équitablement. Comme la Cour suprême l'a rappelé au paragraphe 54 de l'arrêt *Charkaoui II*, « Les enquêtes menées par le SCRS jouent un rôle central dans les décisions relatives à la délivrance des certificats de sécurité et aux mesures d'interdiction de territoire qui en résultent ». Si les agents du SCRS (ou de l'ASFC) ont surveillé des communications avocat-client, l'incidence

designated judge hearing the abuse motion, against Mr. Jaballah may be very significant.

[88] In this case the record establishes at least a *prima facie* breach of solicitor-client privilege. As solicitor-client privilege has now been recognized as a principle of fundamental justice, this may mean, again contingent on the evidence, that the proceedings against Mr. Jaballah have not been conducted in accordance with the principles of fundamental justice. In order to ensure the proceedings are fair, Mr. Jaballah should be assured that the monitoring has stopped, and should know the extent to which his solicitor-client communications have been used and handled by CBSA and CSIS. Currently, only the ministers know exactly how the solicitor-client communications were handled, while Mr. Jaballah's knowledge remains limited. Ordering disclosure would put the parties on a level playing field on this issue.

[89] Even if CBSA and CSIS have not used or relied on the solicitor-client communications such that the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah would be substantively impaired, the appearance of fairness is also important.

[90] While *Charkaoui II* deals with knowing the case which must be met, it does not throw out the concept of fundamental or procedural fairness. Documentation must therefore be produced.

[91] Finally, it should be noted that there is no evidence that ordering production would cause any prejudice to the ministers in this proceeding. Any disclosure is subject to the ministers' own claims of privilege.

Issue Four: What is the scope of the documents to be produced, if any?

sur l'équité de la procédure engagée contre M. Jaballah pourrait, selon la nature de la preuve présentée ultérieurement devant le juge désigné appelé à se prononcer sur la requête pour abus de procédure, être très importante.

[88] En l'espèce, le dossier permet de conclure à une atteinte *prima facie* au privilège des communications avocat-client. Ce privilège étant maintenant tenu pour un principe de justice fondamentale, cela peut vouloir dire, encore une fois, selon la preuve à venir, que la procédure engagée à l'encontre de M. Jaballah n'a pas été menée en accord avec les principes de justice fondamentale. Pour garantir l'équité de l'instance, il faudrait que M. Jaballah puisse être assuré que la surveillance en question a cessé et il faudrait qu'il puisse savoir dans quelle mesure ses communications avec ses avocats ont été utilisées par l'ASFC et le SCRS. Pour l'instant, les ministres sont les seuls à savoir exactement quel a été le traitement accordé aux communications avocat-client, ce que M. Jaballah en sait étant limité. En ordonnant la divulgation, la Cour uniformiserait les règles du jeu entre les deux parties.

[89] Même si l'ASFC et le SCRS n'ont pas utilisé ou ne se sont pas fondés sur les communications avocat-client au point de nuire sensiblement à l'équité de la procédure engagée contre M. Jaballah, il importe de faire en sorte que l'équité ne soit pas compromise ne serait-ce qu'en apparence.

[90] L'arrêt *Charkaoui II* qui traite du droit d'être informé des allégations formulées, n'écarte pas le concept d'équité fondamentale ou procédurale. Cela étant, les documents vont devoir être produits.

[91] Ajoutons, enfin, que rien ne permet d'affirmer qu'une ordonnance enjoignant la production des documents en question porterait en l'occurrence préjudice aux ministres, qui sont, eux aussi, en mesure d'invoquer la confidentialité.

Quatrième question : Quelle est l'envergure de la documentation à produire, le cas échéant?

Position of the Parties

[92] The list of documents requested is set out at the outset of these reasons as enumerated at paragraphs 41–43 of the Jaballah written representations. As noted during argument, the request is wide ranging because counsel do not know what documents there are or what documents may have been generated in the course of the monitoring of the solicitor-client communications. Thus, Mr. Jaballah has requested documents related to the question of how far information from the solicitor-client intercepts was disseminated, as well as documents bearing on the decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, review and record solicitor-client communications, and steps taken to implement CSIS counsel's December 2008 undertaking and the Court's March 9, 2009 amended release order requiring CSIS analysts to stop listening to all solicitor-client interceptions and destroy them.

[93] The ministers simply take the position that no collateral documents should be produced.

Discussion

[94] Based on the conclusions on the first three issues, it is my view that Mr. Jaballah is entitled to production of documentation relating to the interception of his solicitor-client communications. The scope of that production is more problematic, as it is understandable that a wide net has been cast by Mr. Jaballah in search of documentation to assist in the abuse of process motion.

[95] However, production should only be ordered to the extent it is necessary to ensure the fairness of the proceedings against Mr. Jaballah. As discussed above, in

Les positions des parties

[92] Les documents demandés sont énumérés au début des présents motifs, tel qu'ils figurent aux paragraphes 41 à 43 des observations de M. Jaballah. Ainsi qu'on l'a fait remarquer au cours des plaidoiries, la demande de divulgation vise un large éventail de documents, car l'avocat de M. Jaballah ne sait pas quels documents existent ou à quels documents a donné lieu la surveillance des communications avocat-client. C'est pourquoi M. Jaballah demande que lui soient remis les documents touchant la question de savoir quelle a été la diffusion des renseignements obtenus dans le cadre de l'interception des communications avocat-client, ainsi que les documents en rapport avec le processus de décision ayant porté l'ASFC et le SCRS à procéder à l'interception, à l'analyse et à l'enregistrement des communications avocat-client, et les mesures ayant permis de donner effet à l'engagement pris par l'avocat du SCRS en décembre 2008 ainsi qu'à l'ordonnance modifiée de mise en liberté prononcée par la Cour le 9 mars 2009, aux termes de laquelle les analystes du SCRS devaient cesser d'écouter les communications entre avocat et client et détruire toutes les interceptions menées jusque-là.

[93] Les ministres soutiennent tout simplement qu'il n'y a pas lieu de divulguer les documents accessoires.

Analyse

[94] Compte tenu des conclusions auxquelles je suis parvenu à l'égard des trois premières questions, je considère que M. Jaballah est en droit de se voir communiquer les documents concernant l'interception de ses communications avocat-client. L'étendue de cette divulgation pose cependant davantage de problèmes, car, M. Jaballah entendant les invoquer dans le cadre de sa requête pour abus de procédure, il souhaite, et cela se comprend, se voir communiquer le plus grand nombre de documents possible.

[95] La divulgation ne devrait cependant être ordonnée que dans la mesure où les documents demandés sont nécessaires pour assurer l'équité de la procédure

order to determine whether the proceedings are fair, it is important to know how the solicitor-client intercepts were handled. Further, Mr. Jaballah should be satisfied that the monitoring has stopped, and should know what has been done to ensure it has stopped. However, document production should not be an endless fishing expedition. There must be reasonable limits.

[96] Thus, dealing with the various categories of documents outlined in Mr. Jaballah's written representations:

- The July 2006 "Harkat Guidelines" and the subsequent September 2007 replacement guidelines.

In my view, as these documents appear to set out a protocol for the interception of solicitor-client communications they are relevant and should be produced. The special advocates appear to have received or reviewed copies of them but public counsel have not. It is not readily apparent why such guidelines have not also been made available to public counsel except to say that national security privilege must have been asserted by the ministers. In keeping with the protocol established for this production motion (the production protocol), if the ministers continue to assert national security privilege over these guidelines then they will be reviewed by a designated judge to determine if they should be produced to public counsel in their entirety or in some redacted form.

- Records or logs indicating when the solicitor-client intercept recordings were accessed by CBSA and CSIS analysts, along with the frequency and duration of these accesses.

Any such documents are also relevant to the issue of knowing the scope of knowledge of the ministers regarding discussions between Mr. Jaballah and his counsel.

engagée contre lui. Comme nous l'avons vu plus haut, il faut, pour jauger l'équité de la procédure, savoir quel a été le traitement accordé aux interceptions de communications entre avocat et client. Il faut en outre que M. Jaballah soit assuré que cette surveillance a cessé et qu'il sache, par conséquent, quelles ont été les mesures prises pour la faire cesser. Cela dit, la recherche de documents ne doit pas se faire à l'aveuglette, mais doit s'inscrire dans des limites raisonnables.

[96] En ce qui concerne les diverses catégories de documents visés dans les observations écrites de M. Jaballah :

- Un exemplaire des « Directives Harkat » de juillet 2006 et des directives qui les ont remplacées en septembre 2007.

Selon moi, dans la mesure où ces documents semblent fixer le protocole régissant l'interception des communications avocat-client, ils sont pertinents en l'espèce et devraient être communiqués. Il semblerait que les avocats spéciaux en aient reçu une copie, ce qui n'est pas le cas des avocats pour l'audience publique. On ne voit pas très bien pourquoi ces directives n'ont pas été communiquées aux avocats pour l'audience publique, si ce n'est que les ministres ont dû invoquer le privilège relatif à la sécurité nationale. Conformément au protocole adopté dans le cadre de la présente requête en production (le protocole de production), si les ministres continuent à invoquer à l'égard des directives en question le privilège relatif à la sécurité nationale, ces directives seront soumises à un juge désigné qui décidera alors s'il convient de les remettre aux avocats pour l'audience publique, soit intégralement soit sous forme expurgée.

- Les dossiers ou registres indiquant quand des analystes de l'ASFC et du SCRS ont consulté les enregistrements des communications interceptées, la fréquence de ces consultations et leur durée.

De tels documents sont eux aussi pertinents à la question de savoir dans quelle mesure les ministres ont eu connaissance des discussions entre M. Jaballah et ses avocats.

- Any memos, letters or other documents establishing practices or procedures governing the sharing of information between CSIS and CBSA derived from the interceptions in any of the security certificate cases (i.e. *Harkat*, *Mahjoub* and *Jaballah*).

The argument for their production was that these documents deal with how the fruits of the interceptions could be disseminated. As opposed to fairness, they are more directed to the abuse of process motion. To the extent that there are documents which establish any practices of sharing information between CSIS and CBSA they would be relevant and should be produced.

- Any memos, written instructions or other documents relating to the practices to be followed by CBSA and CSIS analysts in relation to solicitor-client intercepts.

This category of documents appears to be the same as the Harkat Guidelines. To the extent there are documents in addition to the Harkat Guidelines which fall within this description they should also be produced.

- Any reports, memos or other documents that refer to the content of any of the Jaballah intercepts, whether solicitor-client privileged or otherwise.

Any such documents are directly relevant to fairness in this proceeding as they will demonstrate the extent to which any solicitor-client information was accessed or in any way used. Again, if national security privilege is claimed in respect of any of these documents then the production protocol will apply.

- Documents relating to the decision-making process that led CBSA and CSIS to intercept, record and review privileged solicitor-client telephone calls in

- Toutes les notes de service, lettre ou tous autres documents établissant les pratiques ou les procédures régissant l'échange, entre le SCRS et l'ASFC, de renseignements découlant d'interceptions menées dans le cadre d'une affaire relative à un certificat de sécurité quelle qu'elle soit (c.-à-d., les affaires *Harkat*, *Mahjoub* et *Jaballah*).

On fait valoir, à l'appui de la requête en production, que ces documents concernent la manière dont ont pu être diffusés les résultats des interceptions. Ces documents concernent davantage la requête pour abus de procédure que la question de l'équité. Dans la mesure où il existe des documents faisant état des pratiques en matière d'échange d'informations entre le SCRS et l'ASFC, ils sont pertinents en l'espèce et devront être produits.

- Toutes les notes de service, instructions écrites ou tous autres documents concernant les pratiques s'imposant aux analystes de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client.

Cette catégorie de documents semble correspondre aux directives Harkat. Dans la mesure où, outre les Directives Harkat, cette catégorie comporte d'autres documents correspondant à cette description, eux aussi devront être produits.

- Tous les rapports, notes de service ou autres documents mentionnant le contenu d'une interception des communications avec M. Jaballah, qu'elles relèvent ou non du secret professionnel qui lie un avocat à son client.

Tous ces documents ont une pertinence directe à l'égard de l'équité procédurale dans la présente instance, car ils démontreront dans quelle mesure les renseignements avocat-client ont été obtenus ou utilisés. Encore une fois, si le privilège relatif à la sécurité nationale est invoqué à leur égard, il conviendra d'appliquer le protocole de production.

- Les documents relatifs au processus décisionnel ayant amené l'ASFC et le SCRS à intercepter, enregistrer et étudier des appels téléphoniques relevant du privilège

Mr. Jaballah's case and in other certificate cases (*Harkat and Mahjoub*).

This request appears to be largely repetitive of other groups of documents i.e. the Harkat Guidelines, and related documents which have been dealt with above. The individual descriptions of the categories of documents casts the net too wide as they may include, for example, privileged communications. This category must therefore be limited to documents relating to: the creation of the two sets of Harkat Guidelines; the scope of the release order relating to Mr. Jaballah and the handling of solicitor-client communications; and the discovery that CSIS was intercepting Mr. Jaballah's solicitor-client communications. Documents are also sought from the Harkat and Mahjoub proceedings because the discovery that solicitor-client communications were being intercepted occurred in the Harkat case. However, this request is too open-ended. Production must be limited to communications between CBSA and CSIS that directly relate to the approach taken in this case involving Mr. Jaballah.

- Documents relating to the steps taken to implement the undertaking given to the Court in December 2008 and the Court's order directing that CSIS cease listening to solicitor-client communications and to destroy the recordings.

The post-December 2008 period is relevant to fairness and abuse of process. Thus, documents relating to the continued interception of solicitor-client communications should be produced and would encompass any documents of CSIS or CBSA regarding the handling, review and destruction of solicitor-client communications; documents relating to the knowledge of CSIS or CBSA regarding the undertaking to the Court and the revised term of the release order concerning solicitor-client communications; and documents relating to the continuation of the interception of solicitor-client communications after December 2008.

des communications avocat-client, tant dans le cas de M. Jaballah que dans d'autres affaires relatives à un certificat de sécurité (*Harkat et Mahjoub*).

La demande de production visant ces documents semble reprendre en grande partie les autres catégories de documents, c'est-à-dire les Directives Harkat, et documents connexes dont il est fait état ci-dessus. La description de chaque catégorie de documents donne à la demande une trop grande ampleur, car il peut s'agir, dans certains cas, de documents confidentiels. Cette catégorie doit donc se limiter aux documents concernant : l'établissement des deux versions des Directives Harkat; la portée de l'ordonnance de mise en liberté visant M. Jaballah et le traitement des communications avocat-client; la révélation du fait que le SCRS interceptait les communications avocat-client de M. Jaballah. La demande de production concerne également des documents relatifs aux instances visant MM. Harkat et Mahjoub, car on s'est également aperçu, dans l'affaire Harkat, que des communications avocat-client avaient été interceptées. Cela étant, la demande de production paraît trop indéfinie. La production de documents doit s'en tenir aux communications entre l'ASFC et le SCRS liées directement à la démarche retenue dans le cas de M. Jaballah.

- Les documents concernant les mesures adoptées pour assurer la mise en œuvre de l'engagement pris envers la Cour en décembre 2008 ainsi que l'ordonnance de la Cour enjoignant au SCRS de cesser d'écouter les communications avocat-client, et de détruire les enregistrements qui en avaient été faits.

La période suivant le mois de décembre 2008 est pertinente tant en ce qui a trait à la question de l'équité procédurale qu'à la requête pour abus de procédure. Les documents concernant la poursuite des interceptions visant des communications avocat-client devront par conséquent être produits, y compris tout document du SCRS ou de l'ASFC concernant le traitement, l'analyse et la destruction de comptes rendus ou d'enregistrements des communications avocat-client; les documents touchant ce que le SCRS et l'ASFC savaient de l'engagement pris envers la Cour par leurs avocats, et de la version modifiée de l'ordonnance de mise en liberté

concernant les communications avocat-client; les documents relatifs à la poursuite, après le mois de décembre 2008, des interceptions de communications avocat-client.

Conclusion

[97] In the end result, for all of the reasons noted above I am satisfied that Mr. Jaballah is entitled to production of documents which directly impact on his ability to know the extent of the policies of CBSA and CSIS regarding solicitor-client interceptions generally and as they relate specifically to him and the extent to which either or both CBSA or CSIS have used any information gleaned from listening to intercepts. As was conceded during argument by Mr. Jaballah's counsel, those documents are difficult to more accurately define because they do not know the nature of the documents maintained by CBSA and CSIS. Thus, the parties may return to the Court for further clarification in the event there is any issue concerning the scope of production that is not apparent from these reasons.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The ministers shall make production of documentation in accordance with the reasons herein.
2. All documents produced shall be subject to the production protocol which was set out in the Court's direction dated August 24, 2010.
3. Any issues regarding the specific scope of production in light of these reasons may be referred back to the Court for further clarification, as required.

Conclusion

[97] Au bout du compte, pour l'ensemble des motifs exposés ci-dessus, je suis convaincu que M. Jaballah est en droit de se voir remettre les documents ayant une incidence directe sur la connaissance qu'il peut avoir des politiques de l'ASFC et du SCRS en matière d'interception de communications avocat-client en général, et plus particulièrement en ce qui le concerne, ainsi que dans quelle mesure l'ASFC ou le SCRS ont utilisé des renseignements recueillis dans le cadre de ces interceptions. Comme l'a reconnu l'avocat de M. Jaballah lors de sa plaidoirie, il est difficile de donner une description plus précise des documents demandés, étant donné qu'on ne connaît pas la nature des documents conservés par l'ASFC et le SCRS. Au cas où se poseraient, au sujet de l'envergure des documents demandés, des questions auxquelles les présents motifs ne permettent pas de répondre, les parties pourront s'adresser à la Cour pour obtenir des éclaircissements additionnels.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. Les ministres produiront les documents conformément aux motifs exposés ci-dessus;
2. Tous les documents produits seront assujettis au protocole de production fixé par la directive de la Cour datée du 24 août 2010;
3. Toute question concernant l'envergure de la documentation à produire au titre des présents motifs pourra être soumise, le cas échéant, à la Cour afin d'obtenir des éclaircissements additionnels.