

CSIS-18-05
2008 FC 300

CSIS-18-05
2008 CF 300

In the Matter of an Application by [. . .] for Warrants Pursuant to Sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

Dans l'affaire d'une demande de mandats présentée par [. . .] en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), chap. C-23

And in the Matter of [. . .]

Et dans l'affaire visant le [. . .]

INDEXED AS: *CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE) (F.C.)*

RÉPERTORIÉ : *LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (RE) (C.F.)*

Federal Court, Noël J.—Ottawa, June 30, December 20, 2005, January 11, March 10, 31, May 10, 12 and July 13, 2006.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 30 juin, 20 décembre 2005, 11 janvier, 10 et 31 mars, 10 et 12 mai et 13 juillet 2006.

Security Intelligence — Direction by case management judge in application for warrants under Canadian Security Intelligence Service Act, s. 21 — Application raising preliminary question of law (jurisdictional issue) — Whether jurisdictional issue could be heard in public — Interpretation of s. 27 — Warrants granted under CSIS Act extraordinary, intrusive, information-oriented — Judicial control regime under CSIS Act aimed at ensuring lawfulness of operations of CSIS, secrecy of information disclosed to Court — Necessary to balance national security, fundamental rights — Court having no discretion to authorize public hearing on warrant application itself under CSIS Act, s. 27 — Not possible to debate jurisdictional issue in public.

Renseignement de sécurité — Directive du juge responsable de la gestion de l'instance dans le cadre d'une demande de mandats présentée en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité — La demande soulevait une question de droit préliminaire (question de compétence) — Il s'agissait de savoir si la question de compétence pouvait être débattue en public — Interprétation de l'art. 27 — Les mandats décernés en vertu de la Loi sur le SCRS sont une mesure extraordinaire, à caractère envahissant et axée sur l'obtention d'informations — Le régime du contrôle judiciaire prévu dans la Loi sur le SCRS vise à assurer la légalité des activités du SCRS et le secret des informations communiquées à la Cour — Il est nécessaire d'établir un équilibre entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux — La Cour n'a pas le pouvoir discrétionnaire de permettre la tenue d'une audience publique relativement à une demande de mandat en vertu de l'art. 27 de la Loi sur le SCRS — Il n'est pas possible de débattre la question de compétence en public.

Judges and Courts — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) asking Court to issue warrants under CSIS Act, s. 21 — Preliminary question of law (jurisdictional issue) to be heard in private — Federal Court proper forum to have warrant process reviewed, decided since warrants to be granted would give CSIS significant powers — Designated judges' role under CSIS Act, Part II to exercise judicial scrutiny on lawfulness, necessity, reasonableness of techniques of investigations of CSIS — In deciding whether or not to deal in public with jurisdictional issues, Court must consider fundamental rights (eg. access to courts), national security.

Juges et Tribunaux — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a demandé à la Cour de décerner des mandats en vertu de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS — La question de droit préliminaire (la question de compétence) doit être entendue à huis clos — Il appartient à la Cour fédérale d'examiner et d'établir le processus de délivrance des mandats parce que ceux-ci confèreraient au SCRS des pouvoirs considérables — En vertu de la Partie II de la Loi sur le SCRS, le juge désigné a comme rôle d'exercer un contrôle judiciaire sur la légalité, la nécessité et le caractère raisonnable des méthodes d'enquête du SCRS — Pour décider s'il est possible d'effectuer un examen public ou non des questions de compétence, la Cour doit examiner à la fois les droits fondamentaux (p. ex. l'accès aux tribunaux) et la sécurité nationale.

Construction of Statutes — Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 27 — S. 2 providing applications for

Interprétation des lois — Art. 27 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) —

warrant “shall be heard in private” — Privacy of applications for warrant aimed at preserving secrecy of sensitive information in general, ensuring execution of warrant — Imperative wording of s. 27 indicating clear intention of Parliament hearing of application for warrants “be heard in private” — Not possible for judge to allow public hearing on warrant application itself — Collateral issues could be heard in open courts in some circumstances — Each case turning on facts — Need to balance national security, fundamental rights.

The Canadian Security Intelligence Service (CSIS) was asking the Court, for the first time since the enactment of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), to issue warrants pursuant to section 21 of that Act. A preliminary issue was whether a question of law (the jurisdictional issue) raised by the application could be dealt with separately in a public hearing. CSIS Act, section 27 provides that an application under section 21, 22 or 23 to a judge for a warrant or the renewal of a warrant shall be heard in private in accordance with regulations made under section 28. The Deputy Attorney General of Canada argued that the words “in private” are not qualified in any manner nor are they limited in time. He added that neither section 27 nor any other sections included in Part II provide for the release of any sensitive information, and that if Parliament intended hearings to be held in public under section 27 of the CSIS Act, it would have stated so explicitly. The *amicus curiae* admitted that some information must remain confidential, but argued that the jurisdictional issue should and could be debated in public. He also argued that section 27 is subject to the application of paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that there is a principle of open access to the courts which has to be respected in order to foster confidence and ensure accountability. It was the *amicus curiae*'s opinion that the issue of the interpretation of the CSIS Act should and could be dealt with publicly. The issue was whether the jurisdictional issue could be heard in public.

Held, the jurisdictional issue shall be heard in private.

Warrants granted under the CSIS Act are extraordinary, intrusive, related to open-ended investigations, information-oriented with an emphasis on investigation, analysis and the formulation of intelligence. Because of the nature, invasiveness and sensitivity of the activities of CSIS, its modes of operations must be subject to a complete, closed system of control by the judiciary. The regime of judicial control adopted in 1984 (sections 21 to 28 — Part II of the CSIS Act) is aimed at both ensuring the lawfulness of the operations of CSIS and the secrecy of the information that is disclosed to the Court in

L'art. 2 précise que la demande de mandat est « entendue à huis clos » — La confidentialité d'une demande de mandat a pour but de préserver le secret des informations sensibles en général et d'assurer l'exécution du mandat — La formulation impérative de l'art. 27 indique que le législateur avait clairement l'intention que la demande de mandat soit « entendue à huis clos » — Un juge ne peut pas permettre la tenue d'une audience publique relativement à une demande de mandat elle-même — Les questions incidentes pourraient être examinées en audience publique dans certaines circonstances — Chaque cas est un cas d'espèce — Il est nécessaire d'établir un équilibre entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux.

Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) demandait à la Cour, pour la première fois depuis l'adoption de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS), de décerner des mandats en vertu de l'article 21 de cette Loi. À titre de question préliminaire, il fallait décider si une question de droit (la question de compétence) soulevée par la demande pourrait être examinée séparément dans le cadre d'une audience publique. L'article 27 de la Loi sur le SCRS précise qu'une demande de mandat ou de renouvellement de mandat faite à un juge en vertu de l'article 21, 22 ou 23 est entendue à huis clos en conformité avec les règlements d'application de l'article 28. Le sous-procureur général du Canada a fait valoir que l'expression « à huis clos » est employée seule et ne prévoit pas une application restreinte dans le temps. Il a ajouté que ni l'article 27 ni aucun autre article de la Partie II ne prévoient la divulgation de renseignements sensibles et que si le législateur avait voulu que les audiences prévues à l'article 27 de la Loi sur le SCRS se tiennent en public, il l'aurait dit explicitement. L'*amicus curiae* a reconnu que certaines informations doivent rester confidentielles, mais il a soutenu que la question de compétence doit et peut être débattue en public. De même, il a indiqué que l'article 27 est assujéti à l'application de l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il faut respecter le principe de la publicité des débats judiciaires pour inspirer confiance et assumer son obligation de rendre compte. L'*amicus curiae* était d'avis que la question de l'interprétation de la Loi sur le SCRS devrait et pourrait être débattue en public. La question litigieuse était celle de savoir si la question de compétence pouvait être débattue en public.

Jugement : la question de compétence sera entendue à huis clos.

Le mandat décerné en vertu de la Loi sur le SCRS est une mesure extraordinaire, à caractère envahissant, qui vise la réalisation de vastes enquêtes non circonscrites, axée sur l'obtention d'informations, et qui met l'accent sur la réalisation d'enquêtes, l'analyse et la production de renseignements. Compte tenu de la nature ainsi que du caractère envahissant et sensible des activités du SCRS, ces activités doivent être assujétiées à un contrôle judiciaire complet et rigoureux. Le régime de contrôle judiciaire adopté en 1984 (articles 21 à 28 — partie II de la Loi sur le SCRS) vise à assurer à la fois la

seeking and obtaining warrants. The interested person(s) (targets) must not be present or aware of the warrant application, otherwise its purpose would become academic. The public should not have access to the information because it is related to national security and the effectiveness of CSIS depends on the secrecy of its methods and operations. Designated judges' role pursuant to Part II of the CSIS Act is to exercise a judicial scrutiny on the lawfulness, necessity and reasonableness of the techniques of investigations of CSIS, keeping in mind that the privacy requirement of warrant applications is justified given the national security concerns at stake.

In deciding whether it is possible or not to deal in public with jurisdictional issues in relation to warrant applications, both fundamental rights and national security concerns must be considered. Access to courts is fundamental to our democratic system. Transparency in the administration of justice fosters trust in the judicial system. It also protects the integrity of the judicial system in making sure that the rule of law prevails and helps to maintain the independence and the impartiality of the courts. To deny public access to the courts there must be a strong justification in accordance with the situation at play and the valued principles at stake. Under certain circumstances, it is necessary to balance national security with fundamental rights.

The imperative wording of section 27 of the CSIS Act indicates the clear intention of Parliament that the hearing of the application for warrants "be heard in private". It is not possible for a judge to allow a public hearing on the warrant application itself under section 27 of the CSIS Act. This, however, should be qualified with respect to "collateral" issues. Issues that are "collateral" to a warrant application, such as jurisdictional issues, could be heard in open courts in some circumstances. Each case turns on its facts keeping in mind the clear wording of section 27 of the CSIS Act and the necessary balance between national security and fundamental rights. The facts and documents herein led to the conclusion that it was not possible to debate in public the jurisdictional issue. Questions of fact and questions of law were so inextricably linked in this application that it would be impossible to debate in public the issues of law without unveiling sensitive information, which would be damaging to national security and would likely reveal CSIS' methodologies. The question of law could not be dealt with in a vacuum.

légalité des activités du SCRS et le secret des informations communiquées à la Cour dans le cadre d'une demande et de l'obtention de mandats. Les personnes visées (cibles) ne doivent pas être présentes ou ne doivent pas être au courant de la demande de mandat; autrement, l'objet d'une telle demande n'aurait aucune utilité pratique. Le public ne doit pas avoir accès à l'information parce que celle-ci se rapporte à la sécurité nationale et que l'efficacité des méthodes et des activités du SCRS reposent sur le secret. En vertu de la partie II de la Loi sur le SCRS, le juge désigné a comme rôle d'exercer un contrôle judiciaire sur la légalité, la nécessité et le caractère raisonnable des méthodes d'enquête du SCRS, en gardant à l'esprit que l'exigence de confidentialité des demandes de mandat est justifiée compte tenu des préoccupations en matière de sécurité nationale qui sont en jeu.

Pour décider s'il est possible d'effectuer un examen public ou non des questions de compétence liées à des demandes de mandat, il faut examiner à la fois les droits fondamentaux et les préoccupations en matière de sécurité nationale. L'accès aux tribunaux est un aspect fondamental de notre régime démocratique. La transparence dans l'administration de la justice favorise la confiance dans le système judiciaire. Elle protège également l'intégrité du système judiciaire en garantissant la primauté du droit et contribue à maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux. Une interdiction d'accès du public aux tribunaux doit reposer sur une justification solide eu égard à la situation et aux valeurs en jeu. Dans certaines circonstances, il est nécessaire d'établir un juste équilibre entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux.

La formulation impérative de l'article 27 de la Loi sur le SCRS indique que le législateur avait clairement l'intention que la demande de mandat soit « entendue à huis clos ». Un juge ne peut pas permettre la tenue d'une audience publique relativement à une demande de mandat elle-même présentée en vertu de l'article 27 de la Loi sur le SCRS. Toutefois, des réserves doivent être formulées en ce qui a trait aux questions « incidentes ». Les questions « incidentes » liées à une demande de mandat, notamment les questions de compétence, pourraient être examinées en audience publique dans certaines circonstances. Compte tenu du libellé précis de l'article 27 de la Loi sur le SCRS et de l'équilibre à maintenir entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux, chaque cas est un cas d'espèce. Les faits et les documents en l'espèce ont amené la Cour à la conclusion qu'il n'était pas possible d'examiner publiquement la question de la compétence. Les questions de fait et de droit étaient si inextricablement liées en l'espèce qu'il serait impossible de débattre en public des questions de droit sans révéler des informations sensibles qui seraient préjudiciables à la sécurité nationale et qui révéleraient vraisemblablement les méthodes employées par le SCRS. La question de droit ne pouvait pas être examinée dans l'abstrait.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 2(b).

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “threats to the security of Canada” (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 89), 12, 16 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224), 21, 22, 23, 24, 25 (as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 49), 26, 27, 28, 48, 52.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 3, 4, 109(3), 383 (as am. *idem*, s. 22; 2007-214, s. 2), 385 (as am. by SOR/2002-417, s. 24; 2007-214, s. 4; 2007-301, s. 10(E)).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 78(d),(h).

Official Secrets Act, R.S.C. 1970, c. O-3, s. 16 (as enacted by S.C. 1973-74, c. 50, s. 6).

Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 51(2),(3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ruby v. Canada (Solicitor General), [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.); affg [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568; 24 F.T.R. 24 (T.D.); *Application under s. 83.23 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248; (2004), 240 D.L.R. (4th) 81; [2005] 2 W.W.R. 605; 199 B.C.A.C. 45; 33 B.C.L.R. (4th) 195; 184 C.C.C. (3d) 449; 21 C.R. (6th) 82; 121 C.R.R. (2d) 1; 322 N.R. 205; 2004 SCC 42.

CONSIDERED:

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario, [2005] 2 S.C.R. 188; (2005), 253 D.L.R. (4th) 577; 197 C.C.C. (3d) 1; 29 C.R. (6th) 251; 132 C.R.R. (2d) 178; 335 N.R. 201; 200 O.A.C. 348; 2005 SCC 41.

REFERRED TO:

Vancouver Sun (Re), [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 199 B.C.A.C. 1;

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. 2b).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 51(2),(3).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada » (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 89), 12, 16 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224), 21, 22, 23, 24, 25 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 49), 26, 27, 28, 48, 52.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).

Loi sur les secrets officiels, S.R.C. 1970, ch. O-3, art. 16 (édicte par S.C. 1973-74, ch. 50, art. 6).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78d),h).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 3, 4, 109(3), 383 (mod., *idem*, art. 22; 2007-214, art. 2), 385 (mod. par DORS/2002-417, art. 24; 2007-214, art. 4; 2007-301, art. 10(A)).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL); conf. [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *Demande fondée sur l'art. 83.23 du Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248; 2004 CSC 42.

DÉCISION EXAMINÉE :

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario, [2005] 2 R.C.S. 188; 2005 CSC 41.

DÉCISIONS CITÉES :

Vancouver Sun (Re), [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43; *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités*

33 B.C.L.R. (4th) 261; 184 C.C.C. (3d) 515; 21 C.R. (6th) 142; 120 C.R.R. (2d) 203; 322 N.R. 161; 2004 SCC 43; *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 239; 221 N.R. 188 (F.C.A.); *Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511; 44 Imm. L.R. (3d) 279; 259 F.T.R. 251; 2005 FC 295; *Alemu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 257 F.T.R. 52; 38 Imm. L.R. (3d) 250; 2004 FC 997; *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19; 27 Imm. L.R. (3d) 47; 2003 FCT 285.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: Thomson West, 2004, s.v. "private".
 Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1. Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.
 Canada. Parliament. Senate. *Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service: Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: The Committee, 1983.
 Canada. Standing Senate Committee on National Security and Defence. *Minutes of Proceedings*, Issue No. 2 (May 29, 2006).
 Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec lexique anglais-français*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1994, s.v. "huis clos".

DIRECTION by the case management judge that a preliminary jurisdictional issue raised in an application for warrants under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* shall be heard in private.

APPEARANCES:

John R. O'Hallaran and *Robert F. Batt* for applicant.
Ronald G. Atkey, P.C., Q.C. as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

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

NOËL J.:

de renseignement de sécurité), [1997] A.C.F. n° 1574 (C.A.) (QL); *Zündel (Re)*, 2005 CF 295; *Alemu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 997; *Harkat (Re)*, 2003 CFPI 285.

DOCTRINE CITÉE

Black's Law Dictionary, 8^e éd. St. Paul, Minn. : Thomson West, 2004, s.v. « private ».
 Canada. Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense. *Procès-verbaux*, fascicule n° 2 (29 mai 2006).
 Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1. Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1981.
 Canada. Parlement. Sénat. *Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité : Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Le Comité, 1983.
 Reid, Hubert. *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec lexique anglais-français*. Montréal : Wilson & Lafleur, 1994, s.v. « huis clos ».

DIRECTIVE du juge responsable de la gestion de l'instance portant qu'une question de compétence préliminaire soulevée dans le cadre d'une demande de mandats présentée en vertu de l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* sera entendue à huis clos.

ONT COMPARU :

John R. O'Hallaran et *Robert F. Batt* pour le demandeur.
Ronald G. Atkey, C.P., c.r. à titre d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE NOËL :

I. Introduction and Issues

[1] Pursuant to a section 21 application of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act), the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) is asking the Court, for the first time since the enactment of the CSIS Act, to issue warrants that [. . .]* The Deputy Attorney General of Canada (DAGC) is representing CSIS.

[2] In order to ensure that this proceeding covers all of its potential implications, the Chief Justice assigned himself and the undersigned as case management judges pursuant to rule 383 [as am. by SOR/2004-283, s. 22] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. *idem*, s. 2)] (the Rules).

[3] One of the main issues that this application brings up is a question of law [. . .]. CSIS accepted after a hearing that an *amicus curiae* would be appointed by the Court and such appointment was made in the person of the Hon. Ron G. Atkey, P.C., Q.C. The need for an *amicus curiae* became evident since CSIS could not objectively fully represent to the Court all the different points of views that the question of law brings up. It was clearly in the interest of justice that an *amicus curiae* should be appointed by the Court to deal with the opposite point of view presented by CSIS to support the application for warrants [. . .].

[4] A preliminary issue that was brought up by the undersigned was whether or not the question of law identified in the precedent paragraph could be dealt with separately from the warrants application, in a public hearing, or whether such question must be heard *in camera*. To put it differently, can this question of law be debated in a public hearing without prejudicing national security concerns considering the materials as filed before the Court? The mandate of the *amicus curiae* was enlarged to include the presentation of submissions on this preliminary issue.

[5] The *amicus curiae* argued that it would be feasible but CSIS is objecting.

*Editor's note: [. . .] indicates portion deleted by the Court.

I. Introduction et questions en litige

[1] Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) demande à la Cour, pour la première fois depuis l'adoption de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS), de décerner, en vertu de l'article 21 de cette Loi, des mandats qui [. . .]* Le SCRS est représenté par le sous-procureur général du Canada (SPGC).

[2] En vue d'assurer que la présente instance englobe l'examen de toutes les répercussions qu'elle est susceptible de comporter, le juge en chef a affecté le soussigné et lui-même à titre de juges responsables de la gestion de l'instance, conformément à la règle 383 [mod. par DORS/2004-283, art. 22] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod., *idem*, art. 2)] (les Règles).

[3] En l'espèce, l'une des principales questions en litige est une question de droit, [. . .]. À l'issue d'une audience, le SCRS a accepté que la Cour nomme un *amicus curiae* et l'honorable Ron G. Atkey, C.P., c.r. a été nommé en cette qualité. Il est devenu évident qu'il fallait un *amicus curiae* car le SCRS ne pouvait objectivement présenter pleinement à la Cour tous les différents points de vue soulevés par la question de droit. L'intérêt de la justice exigeait clairement qu'un *amicus curiae* soit nommé par la Cour afin que puisse être examiné le point de vue opposé à celui présenté par le SCRS à l'appui de la demande de mandats [. . .].

[4] A titre de question préliminaire, le soussigné a demandé si la question de droit énoncée au paragraphe précédent pourrait être examinée séparément de la demande de mandats, dans le cadre d'une audience publique, ou si elle doit être entendue à huis clos? Autrement dit, est-ce que cette question de droit peut être débattue au cours d'une audience publique sans qu'il soit porté atteinte aux préoccupations de sécurité nationale, compte tenu des documents qui ont été déposés devant la Cour? Le mandat de l'*amicus curiae* a été élargi pour inclure la présentation d'observations sur cette question préliminaire.

[5] L'*amicus curiae* soutient que c'est possible, mais le SCRS s'y objecte.

*Note de l'arrêtiiste en chef : [...] dénote une partie expurgée par la Cour.

[6] Since the Court has brought up this preliminary issue as part of its case management duties pursuant to rules 3, 4 and 385 [as am. by SOR/2002-417, s. 24] of the Rules, reasons for order and order will be issued.

[7] At the core of the present matter is the interpretation of section 27 of the CSIS Act. It reads as follows:

27. An application under section 21, 22 or 23 to a judge for a warrant or the renewal of a warrant shall be heard in private in accordance with regulations made under section 28.

II. Submissions

A. The DAGC

[8] In short, the DAGC argues that a proper reading of section 27 of the CSIS Act requires that warrant applications be heard in private and that no disclosure of the existence, details or outcome of the application can be made.

[9] The DAGC submits that the words “in private” inserted in section 27 of the CSIS Act are not qualified in any manner nor are they limited in time and that where a statute provides for an *in camera* hearing, neither the Court on its own volition, nor the parties on consent, can by-pass the mandatory requirements of such an *in camera* hearing (see *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 58).

[10] In support of its argument that section 27 cannot be extended to express something other than “in private”, the DAGC draws the attention of the Court to sections 48 and 52 of the CSIS Act. Section 48 provides that investigations of complaints conducted by the Security Intelligence Review Committee (SIRC) shall be conducted “in private”. Section 52 of the same Act provides for the issuance of reports to the Director, the Minister and the complainant, which include recommendations. The DAGC also draws a parallel with paragraphs 78(d) and 78(h) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). These provisions explicitly state that hearings are to be held “in

[6] Puisque la Cour a soulevé cette question préliminaire dans le cadre des fonctions de gestion d’instance que lui confèrent les règles 3, 4 et 385 [mod. par DORS/2004-417, art. 24], des motifs d’ordonnance et une ordonnance seront prononcés.

[7] L’interprétation de l’article 27 de la Loi sur le SCRS se situe au cœur de la présente affaire. En voici le texte :

27. Une demande de mandat ou de renouvellement de mandat faite à un juge en vertu de l’article 21, 22 ou 23 est entendue à huis clos en conformité avec les règlements d’application de l’article 28.

II. Observations

A. SPGC

[8] En résumé, le SPGC soutient d’une part que toute demande, selon l’interprétation qu’il convient de donner à l’article 27 de Loi sur le SCRS, doit être entendue à huis clos et d’autre part, qu’il ne peut être fait divulgation de l’existence de la demande, des détails de celle-ci ou de la décision à laquelle elle donne lieu.

[9] Le SPGC fait valoir que l’expression « à huis clos » figurant à l’article 27 est employée seule et ne prévoit pas une application restreinte dans le temps, et qu’il n’est pas loisible à la Cour de son propre chef ni aux parties qui y consentent d’écarter les exigences impératives relatives au huis clos, qui seraient prévues dans une loi (voir *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 58).

[10] À l’appui de sa position portant que l’article 27 ne peut signifier autre chose qu’une audience « à huis clos », le SPGC attire l’attention de la Cour sur les articles 48 et 52 de la Loi sur le SCRS. L’article 48 prévoit que le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) tient les enquêtes sur les plaintes « en secret ». L’article 52 établit que le comité envoie des rapports contenant des recommandations au directeur, au ministre et au plaignant. Le SPGC fait également un parallèle avec les alinéas 78d) et 78h) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Ces dispositions prévoient expressément que les audiences se déroulent « à huis clos », mais qu’un

private” but that a summary of the information or the evidence must be provided to the foreign national or permanent resident. Again, the DAGC submits that neither section 27 of the CSIS Act nor any other sections included in Part II [sections 21-28] does provide for the release of any sensitive information. In essence, the DAGC argues that if Parliament intended hearings to be held in public under section 27 of the CSIS Act, it would have stated so explicitly in the provision.

[11] It is also the contention of the DAGC that warrant applications issued pursuant to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 are conducted “in private” and that access to such applications and the ensuing orders, if granted, are not available until the warrants have been executed (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, at paragraphs 19 and 20 and *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraphs 33 to 38, 60 and 72). In the DAGC’s view, there are no reasons to depart from the wording of section 27 and from the above Supreme Court decisions, subject to the particulars of a warrant application under the CSIS Act.

[12] The DAGC is also concerned with the consequences on CSIS’ methods of investigation if the question of law was addressed and debated in public. Section 21 applications involve threats to the security of Canada and refer to methodologies utilized for obtaining information in a covert fashion. The present application makes no exception and does refer in detail to the methodologies to be used. In the past, the Federal Court has always protected such sensitive information in accordance with long-established jurisprudence (see *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.)). It is the opinion of the DAGC that the methodologies included in the present application are innovative approaches to the collection of information, and that it must be protected by the Court.

[13] Finally, it is submitted that the Court is seized with a warrant application pursuant to section 21 of the CSIS Act, not a motion for a declaratory judgment. The DAGC argues that a motion for declaratory judgment would not be appropriate to address the question of law, and that to proceed with the said warrant application as if it were a motion for declaratory judgment would be to

résumé de l’information ou de la preuve est fourni à l’étranger ou au résident permanent. Le SPGC fait de nouveau valoir que ni l’article 27 ni aucun autre article de la partie II [articles 21 à 28] de la Loi sur le SCRS ne prévoient la divulgation de renseignements sensibles. Le SPGC soutient essentiellement que, si le législateur avait voulu que les audiences prévues à l’article 27 se tiennent en public, il l’aurait dit explicitement.

[11] Le SPGC affirme également que les demandes de mandats délivrés en vertu du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, sont entendues à « huis clos » et qu’il n’existe aucun accès à ces demandes ou aux ordonnances rendues jusqu’à l’exécution des mandats (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, aux paragraphes 19 et 20, et *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, aux paragraphes 33 à 38, 60 et 72). De l’avis du SPGC, il n’existe aucun motif de s’écarter du libellé de l’article 27 et de déroger aux arrêts susmentionnés de la Cour suprême, sous réserve des particularités propres à une demande de mandat sous le régime de la Loi sur le SCRS.

[12] Le SPGC est également préoccupé par les conséquences qu’un examen et un débat publics de la question de droit auront sur les méthodes d’enquête du SCRS. Les demandes soumises en vertu de l’article 21 ont trait à des menaces pour la sécurité du Canada; il y est question des méthodes utilisées pour obtenir secrètement des informations. La présente demande ne fait pas exception et décrit en détail les méthodes qui seront utilisées. La Cour fédérale a toujours protégé ces informations sensibles en conformité avec la jurisprudence établie depuis longtemps (voir *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL)). De l’avis du SPGC, les méthodes décrites dans la présente demande constituent une approche innovatrice de la collecte de renseignements et la Cour doit en assurer la protection.

[13] Enfin, le SPGC précise que la Cour est saisie d’une demande de mandat en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS et non d’une requête en jugement déclaratoire. Il allègue qu’une telle requête ne constituerait pas le recours approprié pour l’examen de la question de droit, et donc, que l’on se trouverait à faire indirectement ce que l’on se peut faire directement en considérant ladite

do indirectly that which cannot be done directly.

[14] The DAGC notes that this Court in the past issued reasons for judgment (see files 84-01, 84-04, Tabs 8 and 9 of DAGC's submissions), which were helpful to establish guidelines. It is submitted that the same can be done with the present warrants application.

B. The *Amicus Curiae*

[15] It is admitted by the *amicus curiae* that some information must not become public and must remain confidential such as: the target of the proposed warrant, the means of interception (the methodologies), the places where the warrant would be executed, etc. However, the *amicus curiae* argues that the jurisdictional issue should and could be debated in public.

[16] In order to protect the confidential information, the *amicus curiae* submits that the Court could rely on the CSIS "legend" entitled "CSIS National Security Claims" (NSC) which establishes the standard within the Government of Canada for determining what constitutes information that if it were disclosed to the public would be "injurious to International Relations, National Defence or National Security." Information that is subject to NSC is defined as follows (see written submission of Ronald G. Atkey as *amicus curiae*, at paragraph 7):

- 1) Identify or tend to identify Service interest in individuals, groups or issues, including the existence or absence of past or present files or investigations, the intensity of investigations, or the degree or lack of success of investigations.
- 2) Identify or tend to identify human sources of information for the Service or content of information provided by a human source.
- 3) Identify or tend to identify investigative techniques and methods of operation utilized by the Service.
- 4) Identify or tend to identify Service employees or internal procedures and administrative methodologies of the Service, such as names and file numbers etc.

demande de mandat comme s'il s'agissait d'une requête en jugement déclaratoire.

[14] Le SPGC indique que la Cour a, dans le passé, rendu des motifs de jugement (voir les documents 84-01, 84-04, onglets 8 et 9, des observations du SPGC) qui ont été utiles dans l'établissement de lignes directrices. Il soutient qu'il est possible de faire de même en l'espèce.

B. *Amicus curiae*

[15] L'*amicus curiae* reconnaît que certaines informations ne doivent pas être rendues publiques et doivent demeurer confidentielles, par exemple la cible du mandat demandé, les moyens (méthodes) d'interception, les endroits où le mandat sera exécuté, etc. Cependant, il soutient que la question de compétence doit et peut être débattue en public.

[16] Pour assurer la confidentialité des informations, l'*amicus curiae* fait valoir que la Cour pourrait s'en remettre aux « critères » établis par le SCRS dans le document intitulé « CSIS National Security Claims » (NSC). Ce document établit les critères qui, au sein du gouvernement du Canada, permettent d'établir ce qui constitue des renseignements qui, s'ils sont divulgués, seraient « préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationale ». Voici le texte de ces définitions (voir le paragraphe 7 des observations écrites de M. Ronald G. Atkey, l'*amicus curiae*) :

- 1) Révèlent ou tendent à révéler l'intérêt du Service pour des individus, des groupes ou des questions, y compris l'existence ou l'absence d'enquêtes ou de dossiers antérieurs ou actuels, l'intensité des enquêtes ou le degré de réussite ou l'échec des enquêtes.
- 2) Révèlent ou tendent à révéler l'identité de sources humaines du Service ou le contenu des informations fournies par une source humaine.
- 3) Révèlent ou tendent à révéler les techniques d'enquête et les méthodes opérationnelles du Service.
- 4) Révèlent ou tendent à révéler l'identité d'employés du Service ou les procédures internes et les méthodes administratives du Service, comme des noms et des numéros de dossier, etc.

- | | |
|---|---|
| <p>5) Identify or tend to identify <u>relationships</u> that the Service maintains with other police and security and intelligence agencies in Canada and elsewhere and would disclose information received in confidence from such sources.</p> <p>6) Reveal or tend to reveal information concerning the <u>telecommunications system</u> utilized by the Service.</p> <p>7) Jeopardize or tend to jeopardize essential <u>international relations</u>. [Emphasis in original.]</p> | <p>5) Révèlent ou tendent à révéler les <u>relations</u> que le Service entretient avec des services de police et d'autres organismes de sécurité et de renseignement au Canada et ailleurs, et révéleraient des informations reçues à titre confidentiel de pareilles sources.</p> <p>6) Révèlent ou tendent à révéler des informations sur le <u>système de télécommunications</u> utilisé par le Service.</p> <p>7) Compromettent ou tendent à compromettre des <u>relations internationales</u> essentielles. [Soulignement dans l'original.]</p> |
|---|---|

By using such definition, the information contained in the application could be reviewed and such information could be excluded.

À partir de cette définition, les informations contenues dans la demande pourraient faire l'objet d'un examen et pourraient être exclues.

[17] After having noted that section 27 of the CSIS Act refers to regulations made under section 28 and that such regulations are non-existent, it is submitted by the *amicus curiae* that the code for judicial control found in sections 21 to 28 is incomplete and that section 27 must be tempered by rights and remedies prescribed by the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] and the Rules.

[17] Après avoir signalé que l'article 27 de la Loi sur le SCRS renvoie aux règlements d'application de l'article 28 et que de tels règlements n'existent pas, l'*amicus curiae* soutient que les règles régissant le contrôle judiciaire, exposés aux articles 21 à 28, sont incomplètes et que l'article 27 doit être tempéré par les droits et recours prévus par la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)] et les Règles.

[18] The *amicus curiae* presented two remedies provided for in the *Federal Courts Act* under which it would be possible to protect NSC information while at the same time hearing jurisdictional issues in public. It is specifically suggested that a motion for declaratory judgment, pursuant to section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3; 2002, c. 8, s. 25] or 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*, would be appropriate avenues. In his submissions, the *amicus curiae* then explained how such procedures would be conducted, who would bring the action, which decision would be reviewed and what issues would be addressed. For the purposes of the present interim decision, it is not necessary to discuss in detail such matters. What is important to keep in mind is that the *amicus curiae* considers that there are proper avenues to consider in order to establish a public forum to address the issue of whether or not the CSIS Act gives the jurisdiction to the Federal Court to grant warrants [. . .] without divulging information that would prejudice international relations, national defence or national security.

[18] L'*amicus curiae* a fait état de deux recours prévus dans la *Loi sur les Cours fédérales*, en vertu desquels il serait possible de protéger les informations entrant dans les catégories visées par les NSC tout en permettant que les questions de compétence soient débattues en public. Il a fait précisément valoir qu'une requête en jugement déclaratoire, en vertu de l'article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3; 2002, ch. 8, art. 25] ou 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales*, serait une solution appropriée. Dans ses observations, l'*amicus curiae* a ensuite expliqué comment une telle procédure serait exécutée, qui intenterait le recours, quelle décision ferait l'objet d'un examen et quelles questions seraient abordées. Aux fins de la présente décision provisoire, il n'est pas nécessaire de discuter en détail de ces différents points. L'important est de se rappeler que l'*amicus curiae* estime qu'il existe des solutions valables à envisager pour établir une tribune publique où sera débattue la question de savoir si la Loi sur le SCRS autorise ou non la Cour fédérale à décerner des mandats [. . .], sans pour autant que soient divulguées des informations qui seraient préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[19] Furthermore, in its argument, the *amicus curiae* informs that section 27 of the CSIS Act is subject to the application of paragraph 2(b) 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 that there is a principle of open access to the courts which has to be respected in order to foster confidence and ensure accountability (see *Vancouver Sun (Re)*, above, at paragraphs 24-26).

[20] In sum, it is the opinion of the *amicus curiae* that the issue of the interpretation of the CSIS Act should and could be dealt with publicly. In the *amicus curiae*'s opinion, the *Federal Courts Act* and the Rules provide for appropriate remedies, and the NSC categories would be useful for the Court to exclude, on a piece-by-piece basis, any information that could be injurious to international relations, national defence or national security.

[21] In a subsidiary argument, the *amicus curiae* submits that at least the submissions of counsel for both parties should be made public provided that such submissions do not include any national security claims information, the whole pursuant to rule 4 ("Matters not provided for") and subsection 109(3) ("Directions" or "Intervention").

III. Analysis

[22] Below I will first address the scheme of judicial control under Part II of the CSIS Act. Then I will turn to the interpretation of section 27 and to the specifics of the present matter.

A. The Nature of a Warrant Application and the Judicial Control Regime under the CSIS Act

(1) History and Aims of the Judicial Control Regime under the CSIS Act

[23] Prior to the enactment of the CSIS Act, warrants were issued by the Solicitor General under the authority of section 16 of the *Official Secrets Act*, R.S.C. 1970, c. O-3. Section 16 was added by an amendment to the Act in 1973 [S.C. 1973-74, c. 50, s. 6].

[19] En outre, dans ses observations, l'*amicus curiae* indique que l'article 27 de la Loi sur le SCRS est assujéti à l'application de l'alinéa 2b) 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 qu'il faut respecter le principe de la publicité des débats judiciaires pour inspirer confiance et assumer son obligation de rendre compte (voir *Vancouver Sun (Re)*, ci-dessus, aux paragraphes 24 à 26).

[20] Bref, l'*amicus curiae* est d'avis que la question de l'interprétation de la Loi sur le SCRS devrait et pourrait être débattue en public. Selon l'*amicus curiae*, la *Loi sur les Cours fédérales* et les Règles prévoient les recours nécessaires et, en se fondant sur les catégories d'informations visées par les NSC, la Cour pourrait exclure, élément par élément, toute information pouvant être préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[21] L'*amicus curiae* soutient subsidiairement qu'à tout le moins les observations des avocats des deux parties devraient être rendues publiques, à la condition qu'elles ne comprennent aucune information entrant dans les catégories visées par les NSC, le tout conformément à la règle 4 (« Cas non prévus ») et au paragraphe 109(3) des Règles (« Directives » ou « Interventions »).

III. Analyse

[22] J'examinerai maintenant le principe du contrôle judiciaire en vertu de la partie II de la Loi sur le SCRS. Je me pencherai ensuite sur l'interprétation de l'article 27 et les particularités de la présente affaire.

A. La nature d'une demande de mandat et le principe du contrôle judiciaire en vertu de la Loi sur le SCRS

1) Histoire et buts du principe du contrôle judiciaire en vertu de la Loi sur le SCRS

[23] Avant l'adoption de la Loi sur le SCRS, les mandats étaient décernés par le solliciteur général en vertu de l'article 16 de la *Loi sur les secrets officiels*, S.R.C. 1970, ch. O-3. L'article 16 a été ajouté par voie de modification de la Loi en 1973 [S.C. 1973-74, ch. 50, art. 6].

[24] The idea that there should be judicial involvement in the warrant issuance procedures goes back to the early 1980s when the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (the Commission) published its Report (see Canada, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1, Ottawa, August 1981, pages 593-594, paragraphs 179-181):

179. Our recommendations would make the security intelligence agency's use of four extraordinary powers conditional on obtaining a warrant from a Federal Court Judge. These four powers are the interception of communications by electronic surveillance, searches of private premises or property in circumstances in which a search warrant for criminal investigation would not be available, the examination of mail, and access to personal information other than 'biographical information' held by the federal government. We refer to these powers as 'extraordinary' because they involve acts which would be violations of law if carried out by ordinary citizens, and because, unlike special police powers, they may be exercised in circumstances where there is no evidence that a particular crime has been committed or is about to be committed. Two other techniques, which are not extraordinary in this sense, namely surveillance of private premises by hidden optical devices or cameras and the use of dial digit recorders, should also be subject to this system of control by judicial warrants.

180. Under our recommendations for controlling the level of investigation, the security intelligence agency could not initiate a request for a warrant to use any of these techniques to gather intelligence about a specific individual or group until a 'full' investigation of that individual or group has been approved. It will be recalled that a decision to carry out a full investigation must be approved by the Solicitor General on a proposal which is supported by the Director General and has been carefully reviewed by a Committee which includes senior officers of the security agency as well as a lawyer from the Department of Justice and a senior official of the Solicitor General's Department. At the time the Solicitor General's approval of a full investigation is sought, the security agency might request his approval of an application to a judge for a warrant for a particular technique. It might conceivably at that time request his approval for applications for warrants for more than one technique, but in this case it would be extremely important for the security agency and the Solicitor General to give careful consideration to the necessity of using each technique. Every effort should be made to use only that method which is best calculated to enable the agency to complete an investigation with a minimum

[24] L'idée de prévoir une intervention judiciaire dans le processus de délivrance des mandats remonte au début des années 1980, lorsque la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la Commission) a publié son rapport (voir Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1, à Ottawa, août 1981, aux pages 623 et 624, paragraphes 179 à 181) :

179. Nos recommandations assujettiraient à l'obtention d'un mandat décerné par un juge de la Cour fédérale l'exercice, par le service de renseignements pour la sécurité, de quatre pouvoirs extraordinaires. Ces quatre pouvoirs sont l'interception des communications par l'écoute électronique, la perquisition dans des locaux ou des biens privés dans des circonstances où il est impossible d'obtenir un tel mandat aux fins d'une enquête criminelle, l'examen du courrier et l'accès aux renseignements personnels, autres que les « renseignements biographiques », que possède le gouvernement fédéral. Nous qualifions ces pouvoirs d'« extraordinaires » parce qu'ils donnent lieu à des actes qui seraient des infractions à la loi s'ils étaient accomplis par les citoyens ordinaires, et parce que, contrairement aux pouvoirs spéciaux de police, ils peuvent être exercés dans des circonstances où il n'y a pas de preuve qu'un crime particulier a été commis ou est sur le point de l'être. Deux autres méthodes, qui ne sont pas extraordinaires dans le sens indiqué, savoir la surveillance de lieux privés par des dispositifs optiques ou des appareils photo ou caméras dissimulés et l'emploi d'enregistreurs de numéros de téléphone, devraient également être assujetties à ce système de contrôle par mandat judiciaire.

180. Selon nos recommandations relatives au contrôle du niveau de l'enquête, le service de renseignements ne pourrait amorcer une demande de mandat en vue d'utiliser l'une ou l'autre de ces techniques pour recueillir des renseignements sur un individu ou un groupe donné tant qu'une enquête « complète » n'a pas été approuvée en ce qui concerne l'individu ou le groupe. On se rappellera que la décision de mener une enquête complète doit être approuvée par le solliciteur général sur une proposition qui, après avoir reçu l'appui du directeur général, a été examinée attentivement par un comité composé d'agents supérieurs du service de sécurité, d'un avocat du ministère de la Justice et d'un fonctionnaire supérieur du ministère du solliciteur général. Au moment où il demande au solliciteur général d'approuver une enquête complète, le Service de sécurité pourrait lui demander d'approuver une demande, à l'adresse d'un juge, de mandat autorisant le recours à une technique particulière. Il pourrait même, à ce moment-là, lui demander d'approuver des demandes de mandat autorisant le recours à plus d'une méthode, mais il serait alors extrêmement important que le service de sécurité et le solliciteur général étudient attentivement la nécessité de recourir à chaque technique. Tout doit être mis en

intrusion of privacy. We do not think that the various techniques requiring a judicial warrant can be scaled in terms of their inherent intrusiveness. Indeed, in some circumstances, the use of an undercover informant, which does not require a judicial warrant, may be regarded as a more intrusive and less effective means of obtaining information than one of the techniques which does.

181. In considering an application for a warrant to use two or more methods, the Federal Court Judge would have to consider the strength of the case which is made for the necessity of using each technique. He should also be informed when considering any application whether warrants have been issued for the use of other techniques in relation to the same subject of investigation and if they have what results they have produced. It is essential that the judge be in a position to consider whether, given what has been obtained or what can reasonably be expected to be obtained from other techniques, and given the statutory direction to minimize intrusions on privacy, the necessity of using a particular technique has been demonstrated. [My emphasis.]

The Commission felt that the involvement of the Federal Court in warrant procedures was necessary in order to ensure that the legal criteria established in the legislation were duly respected (see Canada, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 2, Ottawa, August 1981, at page 882, paragraph 5):

Because of the secret nature of these techniques and the absence of any provision requiring notification of persons subject to them, we felt that judicial authorization is the best way to ensure that the requirements of the law are met in each case. [My emphasis.]

[25] In 1983, a special committee of the Senate (the Senate Committee) examined the subject-matter of Bill C-157 [this Bill died on the Order Paper] (the predecessor to Bill C-9, *An Act to establish the Canadian Security Intelligence Service, to enact An Act respecting enforcement in relation to certain security and related offenses and to amend certain Acts in consequence thereof or in relation thereto*, 2nd Session, 32nd Parliament, 1984—which became the CSIS Act in 1984—see *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21) and agreed with the Commission that warrants to be granted would give CSIS significant powers and that the

œuvre pour que la méthode choisie soit celle qui permet le mieux au service de mener à bien une enquête avec le moins d'ingérence possible dans la vie privée. Selon nous, les diverses techniques exigeant un mandat judiciaire ne sont pas mesurables en fonction du degré d'intrusion qu'elles comportent. De fait, l'emploi d'un informateur secret n'exige pas le mandat d'un juge et peut, dans certains cas, être considéré comme un moyen qui, bien que moins efficace, nécessite un degré d'intrusion supérieur à celui d'une des techniques qui exigent un tel mandat.

181. Lorsqu'il étudie une demande de mandat comportant le recours à deux méthodes ou plus, le juge de la Cour fédérale devrait apprécier le poids des arguments apportés à l'appui de la nécessité d'employer chaque technique. Il devrait également être mis au courant, au moment de l'étude de la demande, des mandats qui ont pu être décernés relativement à d'autres techniques à l'égard du même objet d'enquête ainsi que des résultats qu'ils ont produits. Il est indispensable que le juge soit en mesure de voir si la preuve est faite de la nécessité d'employer une technique particulière considérant les résultats déjà obtenus ou ceux que l'on peut raisonnablement espérer de l'emploi d'autres techniques et considérant aussi l'injonction, dans la loi, de réduire au minimum l'ingérence dans la vie privée. [Non souligné dans l'original.]

La Commission était d'avis que l'intervention de la Cour fédérale dans le processus de délivrance des mandats était nécessaire pour que les critères établis dans la loi soient dûment respectés (voir Canada, Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 2, Ottawa, août 1981, aux pages 930 et 931, paragraphe 5) :

Compte tenu de la nature secrète de ces techniques et de l'absence de toute obligation de prévenir les personnes à l'endroit desquelles elles sont utilisées, nous croyons que le meilleur moyen d'assurer le respect de la loi dans chaque cas est d'exiger l'autorisation d'un juge. [C'est moi qui souligne.]

[25] En 1983, un comité spécial du Sénat (le Comité du Sénat) a examiné l'objet du projet de loi C-157 [ce projet de loi a expiré au Feuilleton] (le prédécesseur du projet de loi C-9, *Loi constituant le Service canadien du renseignement de sécurité, édictant la Loi concernant la poursuite de certaines infractions en matière de sécurité et dans les domaines connexes et modifiant certaines lois en conséquence ou de façon corrélative*, 2^e session, 32^e législature, 1984—qui est devenu la Loi sur le SCRS en 1984—voir la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21) et il a convenu avec la Commission que les mandats qui

Federal Court was the proper forum to have the warrant process reviewed and decided (see Canada, *Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service: Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*, November 1983, at pages 20-23, paragraphs 56-67).

[26] There are similarities between the objectives of a warrant application and the ones associated with a warrant application presented pursuant to the *Criminal Code*. Having said that, it is important to emphasize that their respective aims are totally different. The Senate Committee did make that distinction when reviewing Bill C-157 (see Canada, *Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service*, above, at pages 5-6, paragraphs 13-15):

Once it is accepted that a distinct security intelligence capacity is required, cognizance must be taken of the fundamental differences between a system established for enforcement of the law, and a system established for the protection of security. There are similarities between such systems, and a distinct area of overlap in which the interests of a police force in certain crimes against the state, or against particular individuals, are identical to the interests of a security intelligence agency.

But the differences are considerable. Law enforcement is essentially reactive. While there is an element of information-gathering and prevention in law enforcement, on the whole it takes place after the commission of a distinct criminal offence. The protection of security relies less on reaction to events; it seeks advance warning of security threats, and is not necessarily concerned with breaches of the law. Considerable publicity accompanies and is an essential part of the enforcement of the law. Security intelligence work requires secrecy. Law enforcement is “result-oriented”, emphasizing apprehension and adjudication, and the players in the system — police, prosecutors, defence counsel, and the judiciary — operate with a high degree of autonomy. Security intelligence is, in contrast, “information-oriented”. Participants have a much less clearly defined role, and direction and control within a hierarchical structure are vital. Finally, law enforcement is a virtually “closed” system with finite limits — commission, detection, apprehension, adjudication. Security intelligence operations are much more open-ended. The emphasis is on investigation, analysis, and the formulation of intelligence.

seraient décernés conférerait au SCRS des pouvoirs considérables et qu’il appartient à la Cour fédérale d’examiner et d’établir le processus de délivrance des mandats (voir Canada, *Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité : Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*, novembre 1983, aux pages 20 à 24, paragraphes 56 à 67).

[26] Il existe des similitudes entre les objectifs d’une demande de mandat présentée en vertu de la Loi sur le SCRS et ceux d’une demande de mandat présentée en vertu du *Code criminel*. Il importe néanmoins de souligner que les buts respectifs de ces deux types de demande sont totalement différents. Le Comité du Sénat a de fait établi cette distinction lorsqu’il a examiné le projet de loi C-157 (voir Canada, *Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité*, ci-dessus, aux pages 5 et 6, paragraphes 13 à 15) :

Une fois qu’on a admis la nécessité d’un service spécial du renseignement de sécurité, il faut bien expliquer les différences fondamentales qui existent entre les organismes d’application des lois et un service établi pour protéger la sécurité. Ces deux entités se ressemblent et, dans certains domaines, se chevauchent, par exemple lorsqu’une force policière s’intéresse, en même temps que le service du renseignement de sécurité, à certains crimes commis contre l’État ou contre des individus.

Mais les deux entités diffèrent considérablement l’une de l’autre. L’application des lois est une activité réactive qui, si elle n’exclut pas la collecte de renseignements et des mesures de prévention, n’intervient, dans l’ensemble, qu’après la perpétration d’un acte criminel précis. La protection de la sécurité ne se contente pas simplement de réagir aux événements, elle vise à détecter à l’avance les menaces à la sécurité et ne s’intéresse pas nécessairement aux infractions à la loi. Une publicité considérable accompagne les activités visant à faire respecter la loi et en fait même essentiellement partie. Le travail du renseignement de sécurité, à l’inverse, exige le secret. Faire respecter la loi est une activité « qui cherche des résultats », notamment l’appréhension et le jugement du coupable, les « intervenants » du système — policiers, procureurs, avocats de la défense et juges — jouissant d’une très grande autonomie d’action. Le renseignement de sécurité est, tout au contraire, « tourné vers l’information ». Le rôle des intervenants est beaucoup moins clairement défini et la direction et le contrôle dans un cadre hiérarchique sont absolument nécessaires. Enfin, faire respecter la loi est une activité qui se déroule pratiquement en « vase clos » et dans des limites bien définies — perpétration, enquête, appréhension, jugement. Les opérations du renseignement de sécurité sont beaucoup moins délimitées :

The differences between law enforcement and the protection of security have profound implications for several aspects of a security intelligence regime. They can have effect on many questions of policy, such as how much power or freedom of action a person employed in a security agency should have; or obversely, how much protection a person who is the object of investigation can have in light of the differences between operational means and investigative ends. An investigation related to security can have severe consequences on a person's life. Thus the question of control and accountability becomes important, because there is no impartial adjudication by a third party of the appropriateness of an investigation. Since it is so open-ended and confidential in nature, security intelligence work requires a close and thorough system of control, direction and review, in which political responsibility plays a large part. Such close direction is incompatible with our traditional notions of law enforcement. [My emphasis.]

[27] In *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 241-242, Justice Addy of the Federal Court [Trial Division] recognized that the distinction between these two types of investigation had to be taken in consideration when assessing national security issues:

In considering whether the release of any particular information might prove injurious to national security and in estimating the possible extent of any such injury, one must bear in mind that the fundamental purpose of and indeed the raison d'être of a national security intelligence investigation is quite different and distinct from one pertaining to criminal law enforcement, where there generally exists a completed offence providing a framework within the perimeters of which investigations must take place and can readily be confined. Their purpose is the obtaining of legally admissible evidence for criminal prosecutions. Security investigations on the other hand are carried out in order to gather information and intelligence and are generally directed towards predicting future events by identifying patterns in both past and present events.

There are few limits upon the kinds of security information, often obtained on a long-term basis, which may prove useful in identifying a threat. The latter might relate to any field of our national activities and it might be an immediate one or deliberately planned for some time in the relatively distant future. An item of information, which by itself might appear to be rather innocuous, will often, when considered with other

l'accent est mis sur l'enquête, l'analyse et l'énoncé de renseignements.

Les différences entre ces deux domaines d'activité ont de profondes répercussions sur les divers aspects d'un organisme de sécurité. Elles peuvent influencer sur un grand nombre de questions de portée générale, comme celle de savoir quelle doit être la liberté ou le pouvoir d'action d'une personne employée dans un service de sécurité; ou, inversement, de quelle protection peut jouir une personne qui fait l'objet d'une enquête, compte tenu de la différence entre les moyens opérationnels et les fins de l'enquête. Une enquête de sécurité peut avoir des conséquences graves sur la vie d'une personne. D'où l'importance que revêtent le contrôle et l'obligation de rendre compte, en l'absence d'une tierce partie capable de juger de façon impartiale du bien-fondé d'une enquête. Puisque la collecte des renseignements de sécurité est si confidentielle et si indéterminée, elle doit être soumise à un appareil complet et strict de contrôle, de direction et d'examen, où la responsabilité politique occupe une large place. Or, une surveillance si serrée est incompatible avec l'idée que nous nous faisons d'habitude des organismes chargés de faire respecter la loi. [Non souligné dans l'original.]

[27] Dans l'affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 241 et 242, le juge Addy de la Cour fédérale [Division de première instance] a reconnu que la distinction entre ces deux types d'enquête devait être prise en considération dans l'évaluation des questions de sécurité nationale :

En cherchant à savoir si la divulgation de renseignements particuliers pourrait nuire à la sécurité nationale et en appréciant l'étendue possible de ce tort, il faut se rappeler que l'objectif fondamental et de fait la raison d'être d'une enquête en matière de renseignement de sécurité différent et se distinguent considérablement de ceux d'une enquête qui porte sur l'application de la loi en matière criminelle, où l'on est généralement en présence d'une infraction commise fournissant un cadre dans les paramètres duquel l'enquête doit se tenir et peut facilement être contenue. Son but est l'obtention d'éléments de preuve admissibles dans des poursuites au criminel. D'autre part, les enquêtes de sécurité visent la collecte de renseignements et elles tendent généralement à prédire des événements futurs en reconnaissant des tendances dans les événements passés et présents.

Il existe peu de limites aux sortes de renseignements de sécurité, souvent obtenus à long terme, qui peuvent aider à reconnaître une menace. Celle-ci pourrait se rapporter à n'importe quel aspect de nos activités nationales et elle pourrait être immédiate ou viser délibérément un avenir relativement lointain. Un renseignement, qui en lui-même pourrait sembler anodin, se révélera souvent, rapproché d'autres renseignements,

information, prove extremely useful and even vital in identifying a threat. The very nature and source of the information more often than not renders it completely inadmissible as evidence in any court of law. Some of the information comes from exchanges of intelligence information between friendly countries of the western world and the source or method by which it is obtained is seldom revealed by the informing country.

Criminal investigations are generally carried out on a comparatively short-term basis while security investigations are carried on systematically over a period of years, as long as there is a reasonable suspicion of the existence of activities which would constitute a threat to the security of the nation. [My emphasis.]

[28] Warrants granted under the CSIS Act are extraordinary, intrusive, related to open-ended investigations, information-oriented with an emphasis on investigation, analysis and the formulation of intelligence. The persons of interest in such procedures can be related to countries of interest for Canada for the role they play as representatives, or they can be persons of interest because of their activities in relation to “threats to the security of Canada” [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 89] as defined in section 2 of the CSIS Act. As a consequence, there is a wide spectrum of potential targets. Because of the nature, invasiveness and sensitivity of the activities of CSIS, its modes of operations must be subject to a complete, closed system of control by the judiciary.

[29] In short, the “Judicial Control” regime adopted in 1984 (sections 21 to 28 — Part II of the CSIS Act) is aimed at both ensuring the lawfulness of the operations of CSIS and the secrecy of the information that is disclosed to the Court in seeking and obtaining warrants. Below I explain these provisions of the CSIS Act.

(2) The Regime of Judicial Control under the CSIS Act

[30] The Director of CSIS or an employee designated for this purpose first presents, with the approval of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, an application for the issuance of the warrant under subsection 21(1) of the CSIS Act:

extrêmement utile et même vital à la reconnaissance d’une menace. La nature et la source mêmes du renseignement le rendent bien souvent irrecevable en preuve devant tout tribunal judiciaire. Certains renseignements sont le résultat d’échanges d’informations entre des pays amis du monde occidental, et leur source ou leur mode d’obtention est rarement divulgué par le pays informateur.

Les enquêtes criminelles se tiennent généralement pendant une période assez brève alors que les enquêtes de sécurité s’étendent systématiquement sur une période de plusieurs années, aussi longtemps qu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner l’existence d’activités qui constitueraient une menace envers la sécurité de la nation. [Non souligné dans l’original.]

[28] Un mandat délivré en vertu de la Loi sur le SCRS est une mesure extraordinaire, à caractère envahissant, qui vise la réalisation de vastes enquêtes non circonscrites, axées sur l’obtention d’informations, et qui met l’accent sur la réalisation d’enquêtes, l’analyse et la production de renseignements. Les personnes qui présentent un intérêt dans de telles procédures peuvent avoir un lien avec des pays présentant un intérêt pour le Canada en raison de leur rôle à titre de représentants ou de leurs activités relativement aux « menaces envers la sécurité du Canada » [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 89] au sens de l’article 2 de la Loi sur le SCRS. Il existe donc une vaste gamme de cibles potentielles. Compte tenu de la nature, du caractère envahissant et sensible des activités du SCRS, les activités de ce dernier doivent être assujetties à un contrôle judiciaire complet et rigoureux.

[29] Bref, le régime du « contrôle judiciaire » adopté en 1984 (articles 21 à 28 — partie II de la Loi sur le SCRS) vise à assurer à la fois la légalité des activités du SCRS et le secret des informations communiquées à la Cour dans le cadre d’une demande et de l’obtention de mandats. J’explique ci-après les dispositions de la Loi sur le SCRS.

2) Le principe du contrôle judiciaire en vertu de la Loi sur le SCRS

[30] Le directeur du SCRS ou un employé désigné à cette fin présente d’abord, avec l’approbation du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, une demande de mandat en vertu du paragraphe 21(1) de la Loi sur le SCRS :

21. (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

[31] As per paragraph 21(2)(a), CSIS is required to explain, in a written application, its reasons for believing that the warrant is necessary to investigate threats to the security of Canada (sections 2 and 12 of the CSIS Act) or to collect information concerning foreign states and persons (section 16 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224] of the CSIS Act). An affidavit must be filed in support of the application, as per subsection 21(2). The affidavit must include the following:

- the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that the issuance of warrants is required;
- the facts that other investigative techniques were not successful or would not be successful, that there is some urgency justifying not using conventional techniques and that without such warrants valuable information will be missed;
- the types of information being sought and the ones to be obtained by entering premises, removing information or otherwise;
- the identity of the persons or the groups of persons to be targeted by the warrant;
- a description of the places when the warrants would be executed where possible;
- the period of time of the existence of the warrants (60 days for investigations related to paragraph (d) of the definition of the expression “threat to the security of Canada” in section 2 (activities led to the overthrow or destruction of Canada’s system of government) but no more than a year in all other cases);

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l’approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s’il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d’exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l’article 16.

[31] En vertu de l’alinéa 21(2)a), le SCRS est tenu d’expliquer, dans une demande écrite, les raisons pour lesquelles il croit que la délivrance d’un mandat est nécessaire afin d’enquêter sur des menaces pour la sécurité du Canada (articles 2 et 12 de la Loi sur le SCRS) ou de recueillir des informations sur des pays ou des ressortissants étrangers (article 16 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224] de la Loi sur le SCRS). Il doit présenter un affidavit à l’appui de la demande en vertu du paragraphe 21(2). L’affidavit doit comporter ce qui suit :

- les faits sur lesquels le demandeur s’appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire qu’un mandat est nécessaire;
- les faits établissant que d’autres méthodes d’enquête n’ont pas eu de succès ou n’en auraient pas, que l’urgence justifie de ne pas avoir recours à des méthodes traditionnelles et que, sans mandat, des informations utiles ne pourront être acquises;
- les catégories d’informations recherchées et de celles qui seront obtenues par accès à un lieu, l’enlèvement d’information ou autrement;
- l’identité des personnes ou des groupes de personnes visés par le mandat;
- si possible, une description du lieu où le mandat demandé est à exécuter;
- la durée de validité des mandats (60 jours dans le cas des enquêtes visées par l’alinéa 2d) de la définition des « menaces envers la sécurité du Canada » (activités qui visent la destruction ou le renversement du régime de gouvernement établi au Canada), mais au plus un an dans les autres cas;

- details about any previous applications related to the same individuals or groups.

[32] As per subsection 21(4) and section 23, warrants must specify the following:

- the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained;
- the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who possesses the information, record, document or thing to be obtained;
- the identity of the person or classes of persons targeted by the warrant;
- the place(s) (with description if possible) to be accessed and searched and the possibility of removing any thing installed pursuant to a warrant;
- the duration of the warrant;
- any other terms and conditions that the judge may consider.

[33] Renewal of warrants is possible under section 22 of the CSIS Act. The effect of the warrant is to give the necessary authority to whom it may concern to act in accordance with the said warrants, notwithstanding another law (see sections 25 [as am. by S.C. 1993, c. 34, s. 49], 26 and 27 of the CSIS Act).

[34] Section 27 provides that applications for warrant “shall be heard in private” (“*huis clos*” in French). “Private” is defined as “[c]onfidential; secret” in Bryan A. Garner, *Black’s Law Dictionary*, 8th ed. (St. Paul: Thomson West, 2004), s.v. “private”. In Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec lexique anglais-français* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1994), s.v. “*huis clos*”, the expression “*huis clos*” is described as being “*une exception au principe de la publicité des débats, qui consiste à interdire au public l’accès à la salle d’audience.*” Again, the main aims of

- des détails touchant des demandes antérieures qui visaient les mêmes personnes ou les mêmes groupes.

[32] En vertu du paragraphe 21(4) et de l’article 23, les mandats doivent comporter les points suivants :

- les catégories de communications dont l’interception est autorisée, les catégories d’informations, de documents ou d’objets dont l’obtention est autorisées;
- l’identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;
- l’identité des personnes ou des catégories de personnes visées par le mandat;
- la mention du lieu (si possible avec une description) où l’accès est demandé et où la recherche sera effectuée, et de la possibilité de l’enlèvement d’une chose installée;
- la durée de validité du mandat;
- les autres conditions susceptibles d’être examinées par un juge.

[33] Il est possible d’obtenir le renouvellement d’un mandat en vertu de l’article 22 de la Loi sur le SCRS. Le mandat a pour effet de conférer à la personne concernée le pouvoir nécessaire pour l’exécuter, par dérogation à toute autre règle de droit (voir les articles 25 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 49], 26 et 27 de la Loi sur le SCRS).

[34] En vertu de l’article 27, la demande de mandat « est entendue à huis clos » (« *private* » dans la version anglaise). Par « *private* », on entend « *confidential; secret* » dans le *Black’s Law Dictionary*, 8^e éd., (Bryan A. Garner, St Paul : Thomson West, 2004), et par « *private* » et « huis clos » dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec lexique anglais-français* (Hubert Reid, Montréal : Wilson & Lafleur, 1994), « une exception au principe de la publicité des débats, qui consiste à interdire au public l’accès à la salle d’audience ». Une fois de plus, la confidentialité d’une demande de

the privacy of applications for a warrant are to preserve the secrecy of sensitive information in general and to ensure the execution of warrant. The interested person(s) (targets) must not be present or aware of the warrant application; otherwise, its purpose would become academic. The public should not have access to the information because it is related to national security and because the effectiveness of CSIS depends on the secrecy of its methods and operations. Finally, third party information is often transmitted under the caveat that it would not be released. If warrants were debated in public, sensitive information would likely be released advertently or inadvertently. It would prevent CSIS from being informed about threats to Canada's security, would render useless the investigation, would be dangerous to human sources involved and could endanger Canada's relationship with allied countries.

[35] In sum, designated judges' role pursuant to Part II of the CSIS Act is to exercise a judicial scrutiny on the lawfulness, necessity and reasonableness of the techniques of investigations of CSIS, keeping in mind that the privacy requirement of warrant applications is justified given the national security concerns at stake.

B. Substantive Considerations

(1) National Security and Fundamental Rights

[36] Warrant applications for national security purposes and intelligence gathering are topics that our courts have not specifically dealt with. In deciding whether it is possible or not to deal in public with jurisdictional issues in relation to such applications, the Court has to consider both fundamental rights and national security concerns.

[37] In *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, at paragraphs 1-3, Justice Fish made the following statement:

In any constitutional climate, the administration of justice thrives on exposure to light — and withers under a cloud of secrecy.

mandat a pour but de garantir le secret des informations sensibles en général et l'exécution du mandat. La personne visée (cible) ne doit pas être présente ou ne doit pas être au courant de la demande de mandat; autrement, l'objet d'une telle demande n'a aucune utilité pratique. Le public ne doit pas avoir accès à l'information parce que celle-ci se rapporte à la sécurité nationale et que l'efficacité des méthodes et des activités du SCRS reposent sur le secret. Enfin, l'information fournie par des tiers est souvent communiquée à condition qu'elle ne soit pas divulguée. Si les mandats étaient l'objet d'un examen public, des informations sensibles seraient probablement divulguées consciemment ou par inadvertance. Ce qui empêcherait le SCRS d'être informé des menaces qui pèsent sur la sécurité du Canada, rendrait l'enquête inutile, serait dangereux pour les informateurs concernés et risquerait de mettre en péril les relations du Canada avec les pays alliés.

[35] Bref, en vertu de la partie II de la Loi sur le SCRS, le juge désigné a comme rôle d'exercer un contrôle judiciaire de la légalité, de la nécessité et du caractère raisonnable des méthodes d'enquête du SCRS, en gardant à l'esprit que l'exigence de confidentialité des demandes de mandat est justifiée compte tenu des préoccupations en matière de sécurité nationale qui sont en jeu.

B. Considérations de fond

1) Sécurité nationale et droits fondamentaux

[36] Nos tribunaux n'ont pas explicitement examiné de demandes de mandats liées à des questions de sécurité nationale et d'obtention de renseignements. Pour décider s'il est possible d'effectuer un examen public ou non des questions de compétence liées à de telles demandes de mandat, la Cour doit examiner à la fois les droits fondamentaux et les préoccupations en matière de sécurité nationale.

[37] Dans l'arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, aux paragraphes 1 à 3, le juge Fish a déclaré ce qui suit :

Dans tout environnement constitutionnel, l'administration de la justice s'épanouit au grand jour — et s'étiole sous le voile du secret.

That lesson of history is enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Section 2(b) of the *Charter* guarantees, in more comprehensive terms, freedom of communication and freedom of expression. These fundamental and closely related freedoms both depend for their vitality on public access to information of public interest. What goes on in the courts ought therefore to be, and manifestly is, of central concern to Canadians.

The freedoms I have mentioned, though fundamental, are by no means absolute.

[38] The present matter clearly brings up that basic freedoms protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* sometime have to be assessed in light of other values. Decisions made in a vacuum can sometime give way to detrimental situations even though they were made at first sight to protect our basic freedoms.

[39] Access to our courts is fundamental to our democratic system. It allows public scrutiny of the judicial process, as well as media access to information of public interest. In that sense, freedom of expression is inextricably linked to the open court principle. Transparency in the administration of justice fosters trust in the judicial system. It also protects the integrity of the judicial system in making sure that the rule of law prevails and helps to maintain the independence and impartiality of the courts (see *Vancouver Sun (Re)*, above, at paragraphs 23-26, by Justices Iacobucci and Arbour for the majority). To deny public access to the courts must be strongly justified in accordance with the situation at play and the valued principles at stake.

[40] National security has always been a subject of concern to our courts when dealing with our basic fundamental rights. Under certain circumstances, it is necessary to balance national security with fundamental rights. This was emphasized in *Application under s. 83.23 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248. At paragraphs 5-7, Justices Iacobucci and Arbour wrote:

The challenge for democracies in the battle against terrorism is not whether to respond, but rather how to do so. This is because Canadians value the importance of human life

Cette leçon de l'histoire a été consacrée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'alinéa 2(b) de la *Charte* garantit, en termes plus généraux, la liberté de communication et la liberté d'expression. La vitalité de ces deux libertés fondamentales voisines repose sur l'accès du public aux informations d'intérêt public. Ce qui se passe devant les tribunaux devrait donc être, et est effectivement, au cœur des préoccupations des Canadiens.

Bien que fondamentales, les libertés que je viens de mentionner ne sont aucunement absolues.

[38] La présente affaire fait clairement ressortir que les libertés fondamentales garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* doivent parfois être évaluées par rapport à d'autres valeurs. Les décisions prises dans l'abstrait peuvent parfois donner lieu à des situations préjudiciables même lorsqu'elles ont été prises au départ dans le but de protéger nos libertés fondamentales.

[39] L'accès à nos tribunaux est un aspect fondamental de notre régime démocratique. Il permet un examen public du processus judiciaire et il ouvre aux médias l'accès à des renseignements d'intérêt public. En ce sens, la liberté d'expression est inextricablement liée au principe de la publicité des procédures judiciaires. La transparence dans l'administration de la justice favorise la confiance dans le système judiciaire. Elle protège également l'intégrité du système judiciaire en garantissant la primauté du droit et contribue à maintenir l'indépendance et l'impartialité des tribunaux (voir *Vancouver Sun (Re)*, précité, aux paragraphes 23 à 26, les juges Iacobucci et Arbour s'exprimaient au nom de la majorité). Une interdiction d'accès du public aux tribunaux doit reposer sur une justification solide eu égard à la situation et aux valeurs en jeu.

[40] La sécurité nationale a toujours été une source de préoccupation de nos tribunaux dans le cadre de l'examen de nos droits fondamentaux. Dans certaines circonstances, il est nécessaire d'établir un juste équilibre entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux. Dans l'affaire *Demande fondée sur l'art. 83.23 du Code criminel*, [2004] 2 R.C.S. 248, les juges Iacobucci et Arbour ont fait ressortir ce point aux paragraphes 5 à 7 :

Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme n'est pas de savoir si elles doivent réagir, mais plutôt comment elles doivent le faire. Cela

and liberty, and the protection of society through respect for the rule of law. Indeed, a democracy cannot exist without the rule of law. So, while Cicero long ago wrote “*inter arma silent leges*” (the laws are silent in battle) (*Pro Milone* 14), we, like others, must strongly disagree

Although terrorism necessarily changes the context in which the rule of law must operate, it does not call for the abdication of law. Yet, at the same time, while respect for the rule of law must be maintained in the response to terrorism, the Constitution is not a suicide pact, to paraphrase Jackson J.: *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), at p. 37 (in dissent).

Consequently, the challenge for a democratic state’s answer to terrorism calls for a balancing of what is required for an effective response to terrorism in a way that appropriately recognizes the fundamental values of the rule of law. In a democracy, not every response is available to meet the challenge of terrorism. At first blush, this may appear to be a disadvantage, but in reality, it is not. A response to terrorism within the rule of law preserves and enhances the cherished liberties that are essential to democracy. As eloquently put by President Aharon Barak of the Israeli Supreme Court:

This is the fate of democracy, as not all means are acceptable to it, and not all methods employed by its enemies are open to it. Sometimes, a democracy must fight with one hand tied behind its back. Nonetheless, it has the upper hand. Preserving the rule of law and recognition of individual liberties constitute an important component of its understanding of security. At the end of the day, they strengthen its spirit and strength and allow it to overcome its difficulties.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, at p. 845, cited in Barak, *supra*, at p. 148.) [My emphasis.]

[41] In *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, above, at page 238, Justice Addy expressed a concern in balancing the principle of public access to the courts with the competing interest of the State in protecting national security:

s’explique par l’importance que les Canadiens et les Canadiennes attachent à la vie et à la liberté de l’être humain, ainsi qu’à la protection de la société grâce au respect de la primauté du droit. En effet, l’existence même d’une démocratie repose sur la primauté du droit. Par ailleurs, bien que Cicéron ait jadis écrit, dans *Pro Milone* 14, que « *inter arma silent leges* » (les lois se taisent quand les armes parlent), nous devons, comme bien d’autres, être en profond désaccord [. . .]

Quoiqu’il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s’appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Mais en même temps, s’il est vrai que la réaction au terrorisme doit respecter la primauté du droit, il reste que la Constitution n’est pas un pacte de suicide, pour paraphraser le juge Jackson, dissident, dans l’arrêt *Terminiello c. Chicago*, 337 U.S. 1 (1949), p. 37.

Par conséquent, le défi qu’un État démocratique doit relever en réagissant au terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs fondamentales de la primauté du droit. Dans une démocratie, tout n’est pas permis pour contrer le terrorisme. Ce qui peut sembler un désavantage, au premier abord, n’en est pas un en réalité. La réaction au terrorisme, qui respecte la primauté du droit, protège et renforce les libertés précieuses qui sont essentielles à une démocratie. Comme l’a affirmé avec éloquence le président Aharon Barak de la Cour suprême d’Israël :

[TRADUCTION] Tel est le destin d’une démocratie : dans un régime démocratique, la fin ne justifie pas tous les moyens et il n’est pas possible non plus de recourir à toutes les méthodes utilisées par l’ennemi. Il arrive parfois qu’une démocratie doive se battre en ayant une main attachée derrière le dos. Elle est néanmoins en position de force. Le maintien de la primauté du droit et la reconnaissance des libertés individuelles représentent un aspect important de sa conception de la sécurité. En définitive, ils accroissent son enthousiasme et son dynamisme et lui permettent de venir à bout de ses difficultés.

(H.C. 5100/94, *Public Committee Against Torture in Israel v. Israel*, 53(4) P.D. 817, p. 845, cité dans Barak, *loc. cit.*, p. 148.) [Non souligné dans l’original.]

[41] Dans l’affaire *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, précité, le juge Addy exprime sa préoccupation (à la page 238) au sujet de l’équilibre qui s’impose entre le principe de l’accès du public aux tribunaux et l’intérêt opposé de l’État en matière de sécurité nationale :

Public interest in the administration of justice requires complete openness of the judicial process. That principle must be jealously guarded and rigorously applied, especially where evidence which appears to be relevant to a judicial determination is at stake. That cardinal rule not only safeguards the rights of litigants generally but, more importantly, it is fundamental to the public interest in the preservation of our free and democratic society. There are, however, very limited and well-defined occasions where that principle of complete openness must play a secondary role and where, with regard to the admission of evidence, the public interest in not disclosing the evidence may outweigh the public interest in disclosure. This frequently occurs where national security is involved for the simple reason that the very existence of our free and democratic society as well as the continued protection of the rights of litigants ultimately depend on the security and continued existence of our nation and of its institutions and laws.

This reasoning was adopted by the Federal Court of Appeal in *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1997), 6 Admin. L.R. (3d) 239, at paragraph 6.

[42] In my view, it is necessary to keep in mind this necessary balance between national security and fundamental rights to interpret section 27 of the CSIS Act.

(2) Interpretation of Section 27 of the CSIS Act

(a) The Warrant Application Itself

[43] In the present matter, I have no doubt that the wording of section 27 of the CSIS Act is very important. This imperative wording indicates the clear intention of Parliament that the hearing of the application for warrants “be heard in private”. Furthermore, the fact that the Governor in Council has not made regulations in accordance with section 28 of the CSIS Act, in relation to the forms of warrants, establishing procedures and security requirements for hearings does not in any way change the intent of the legislator.

[44] I agree, as emphasized by the DAGC, that it is not possible for a judge to allow a public hearing on the warrant application itself. The analogy proposed by the DAGC with the Supreme Court case *Ruby v. Canada*

L’intérêt qu’a le public dans l’administration de la justice exige l’entière transparence du processus judiciaire. Ce principe doit être jalousement préservé et rigoureusement appliqué, surtout lorsque sont en jeu des éléments de preuve qui semblent pertinents à une décision judiciaire. Cette règle cardinale ne protège pas seulement les droits des plaideurs en général, mais, plus important encore, elle est essentielle à l’intérêt qu’a le public dans le maintien de notre société libre et démocratique. Il existe toutefois des circonstances très limitées et bien définies où le principe de l’entière transparence doit jouer un rôle secondaire et où, en matière de recevabilité de la preuve, l’intérêt public servi par la non-divulgaration de cette dernière peut l’emporter sur l’intérêt du public dans sa divulgation. Cela se produit fréquemment lorsqu’il est question de la sécurité nationale, pour la simple raison que l’existence même de notre société libre et démocratique aussi bien que la protection continue des droits des plaideurs dépendent en fin de compte de la sécurité et du maintien de notre nation et de ses institutions et de ses lois.

La Cour d’appel fédérale a adopté ce raisonnement dans l’arrêt *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1997] A.C.F. n° 1574 (QL), au paragraphe 6.

[42] À mon avis, il convient de garder à l’esprit cet équilibre nécessaire entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux dans l’interprétation de l’article 27 de la Loi sur le SCRS.

2) Interprétation de l’article 27 de la Loi sur le SCRS

a) La demande de mandat

[43] En l’espèce, je n’ai aucun doute que le texte de l’article 27 de la Loi sur le SCRS est très important. La formulation impérative de la disposition indique que le législateur avait clairement l’intention que la demande de mandat soit « entendue à huis clos ». En outre, le fait que le gouverneur en conseil n’a pas pris, en conformité avec l’article 28 de la Loi sur le SCRS, de règlement visant à déterminer la forme des mandats, à prévoir les règles de pratique et de procédure ainsi que les conditions de sécurité applicables à l’audition d’une demande ne modifie en rien l’intention du législateur.

[44] Comme l’a fait ressortir le SPGC, je conviens qu’un juge ne peut pas permettre la tenue d’une audience publique relativement à une demande de mandat. À mon avis, l’analogie que le SPGC propose de faire avec l’arrêt

(*Solicitor General*), above, is, in my view, correct. In this case, Justice Arbour, on behalf of the Court, commented on provisions of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 that provides for a mandatory *in camera* and *ex parte* proceeding when an individual questions the decision of refusing access to personal exemption on grounds of national security or the maintenance of foreign confidence. Subsections 51(2) and (3) of the *Privacy Act* read as follows:

51. . . .

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application, the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations *ex parte*.

The wording is different from the one included in section 27 of the CSIS Act but it basically expresses the same restrictions in so far as presence of the interested persons and access to the public are concerned.

[45] Justice Arbour [in *Ruby*] mentioned, at paragraphs 57-58 that it is not possible for the judge to depart from the wording of these provisions and to allow a public hearing on the warrant application, except on constitutional issues:

In our case, counsel for the Solicitor General informed the Court during oral argument that the hearing in this case before MacKay J. with respect to the merits of the exemptions claimed, was heard *in camera*. On the other hand, the hearings before Simpson J. on the constitutional questions were conducted in public. Counsel for the Solicitor General further represented to the Court that the Department of Justice has interpreted s. 51 narrowly, limiting the *in camera* requirement only to those portions of a hearing that concern the merits of the exemptions claimed under s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 but

Ruby c. Canada (Solliciteur général) de la Cour suprême, précité, est exacte. Dans cette affaire, la juge Arbour, s'exprimant au nom de la Cour, a fait des observations sur les dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui prévoient une procédure obligatoire à huis clos et *ex parte* lorsqu'une personne remet en question la décision de lui refuser l'exemption personnelle pour des motifs liés à la sécurité nationale ou à la protection de renseignements confidentiels de source étrangère. Les paragraphes 51(2) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* précisent ce qui suit :

51. [. . .]

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à huis clos; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie.

Le texte de la disposition est différent de celui de l'article 27 de la Loi sur le SCRS, mais il énonce au fond les mêmes restrictions en ce qui concerne la présence des intéressés et l'accès du public.

[45] La juge Arbour [dans l'arrêt *Ruby*] a indiqué aux paragraphes 57 et 58 qu'il n'est pas loisible au juge de s'écarter du texte de ces dispositions ni de permettre la tenue d'une audience publique relativement à la demande de mandat, sauf dans le cas de questions constitutionnelles :

Dans la présente affaire, les avocats du solliciteur général ont, pendant les plaidoiries, informé la Cour que le juge MacKay avait entendu à huis clos les arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées, alors que les questions constitutionnelles avaient été débattues devant madame la juge Simpson dans le cadre d'audiences publiques. Ils ont en outre fait valoir que le ministère de la Justice avait interprété l'art. 51 de manière restrictive, n'exigeant le huis clos que pendant l'audition des arguments relatifs au bien-fondé des exceptions invoquées en application de l'al. 19(1)a) ou b) ou de l'art. 21 et

allowing the Crown to consent to “collateral” issues (i.e., constitutional or procedural issues) being heard in open court.

Aside from the constitutional issue, the Solicitor General’s interpretation of s. 51(2)(a) is not one that the statute can reasonably bear. Section 51(2)(a) mandates that the hearing of an application under s. 41 and an appeal therefrom relating to personal information that a government institution has refused to disclose by reason of s. 19(1)(a) or (b) or s. 21 be heard *in camera*. Contrary to the apparent practice referred to by the Solicitor General, the statute does not limit the *in camera* requirement to only those parts of a hearing that involve the merits of an exemption. It is not open to the parties, even on consent, to bypass the mandatory *in camera* requirements of s. 51. Nor is open to a judge to conduct a hearing in open court in direct contradiction to the requirements of the statute regardless of the proposal put forth by the parties. Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is “read down” as a constitutional remedy, it cannot otherwise be interpreted to bypass its mandatory nature. [My emphasis.]

Therefore, it is my view that I have no discretion to authorize a public hearing on the warrant application itself under section 27 of the CSIS Act. This, however, should be qualified with respect to “collateral” issues.

(b) “Collateral” Issues

[46] In my view, issues that are “collateral” to a warrant application, such as jurisdictional issues, could be heard in open courts in some circumstances. It is to be noted that there are no regulations made under section 28 of the CSIS Act to provide guidance to the Court in deciding what should remain confidential.

[47] In this context, I believe that each case turns on its facts keeping in mind the clear wording of section 27 of the CSIS Act and the necessary balance between national security and fundamental rights. In some circumstances, to debate a jurisdictional, procedural or constitutional question in public can be injurious to national security or

autorisant ses représentants à consentir à l’audition publique des questions « incidentes » (de nature constitutionnelle ou procédurale par exemple).

Abstraction faite de la question constitutionnelle, cette interprétation du par. 51(2) ne peut raisonnablement s’appuyer sur le texte de la loi. Le paragraphe 51(2) prescrit l’audition à huis clos, en premier ressort et en appel, de tout recours en révision exercé en vertu de l’art. 41 à la suite du refus d’une institution fédérale, sur le fondement de l’al. 19(1)a) ou b) ou de l’art. 21, de communiquer des renseignements personnels. Contrairement à la pratique qui, selon le solliciteur général, aurait cours devant les tribunaux, la Loi ne limite pas l’application de l’obligation relative au huis clos uniquement à l’audition des arguments portant sur le bien-fondé d’une exception. En effet, il n’est pas loisible aux parties, même si elles y consentent toutes, d’écarter les dispositions impératives de l’art. 51 relatives au huis clos. Il n’est pas non plus loisible au tribunal de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à la loi, quoi que puissent proposer les parties à cet égard. À moins que la disposition créant l’exigence impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d’ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation « atténuante », elle ne saurait être interprétée d’une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif. [Non souligné dans l’original.]

Par conséquent, à mon avis, je ne possède aucun pouvoir discrétionnaire d’autoriser la tenue d’une audience publique relativement à la demande de mandat présentée en vertu de l’article 27 de la Loi sur le SCRS. Toutefois, des réserves doivent être formulées en ce qui a trait à des questions « incidentes ».

b) Questions « incidentes »

[46] À mon avis, les questions « incidentes » liées à une demande de mandat, notamment les questions de compétence, pourraient être examinées en audience publique dans certaines circonstances. Il faut signaler qu’aucun règlement n’a été pris en vertu de l’article 28 de la Loi sur le SCRS, qui pourrait aider la Cour à décider quelles sont les informations qui devraient demeurer confidentielles.

[47] Dans ce contexte, en gardant à l’esprit le libellé précis de l’article 27 de la Loi sur le SCRS et l’équilibre à maintenir entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux, je crois que chaque cas est un cas d’espèce. Dans certaines circonstances, un débat public au sujet d’une question de compétence, de nature procédurale ou

prevent the proper execution of a warrant. It is also possible to imagine cases where the public hearing would be allowed on some of the issues of law, while others would remain confidential. Below I assess the specifics of the present matter to determine whether it would be possible to allow a public hearing on the jurisdictional issue.

[48] The following portion of *Henrie*, above, is also instructive as to the nature of information the disclosure of which would be injurious to national security. At page 242, Justice Addy wrote:

When considering the issue of the relative merits of the public interest in non-disclosure as opposed to the public interest in disclosure, it is evident that the considerations and circumstances to be taken into account which might militate against the proper control or suppression of threats to national security are considerably more numerous and much more complex than the considerations which involve a national interest other than those mentioned in section 36.2 of the *Canada Evidence Act*. In criminal matters, the proper functioning of the investigative efficiency of the administration of justice only requires that, wherever the situation demands it, the identity of certain human sources of information remain concealed. By contrast, in security matters, there is a requirement to not only protect the identity of human sources of information but to recognize that the following types of information might require to be protected with due regard of course to the administration of justice and more particularly to the openness of its proceedings: information pertaining to the identity of targets of the surveillance whether they be individuals or groups, the technical means and sources of surveillance, the methods of operation of the service, the identity of certain members of the service itself, the telecommunications and cypher systems and, at times, the very fact that a surveillance is being or is not being carried out. This means for instance that evidence, which of itself might not be of any particular use in actually identifying the threat, might nevertheless require to be protected if the mere divulging of the fact that CSIS is in possession of it would alert the targeted organization to the fact that it is in fact subject to electronic surveillance or to a wiretap or to a leak from some human source within the organization.

[49] At pages 242-243, he went on to say the following about releasing information (which in itself is neutral) and on the understanding that an informed person could have:

constitutionnelle risque de porter atteinte à la sécurité nationale ou d'empêcher la bonne exécution d'un mandat. On peut aussi imaginer des cas où la tenue d'une audience publique serait autorisée relativement à certaines questions de droit, alors que d'autres demeureraient confidentielles. J'examinerai ci-après les particularités de la présente affaire afin d'établir s'il serait possible de permettre la tenue d'une audience publique relativement à la question de compétence.

[48] Le passage ci-après tiré de la décision *Henrie*, précitée, est également intéressant quant à la nature des informations dont la communication serait préjudiciable à la sécurité nationale. Le juge Addy écrit ce qui suit, à la page 242 :

Lorsqu'on fait la part des avantages relatifs, pour le public, de la divulgation et de la non-divulgation de la preuve, il est évident que les considérations et les circonstances dont il faut tenir compte et qui pourraient militer contre le contrôle ou la suppression appropriés des menaces envers la sécurité nationale sont beaucoup plus nombreuses et beaucoup plus complexes que les considérations visant un intérêt national différent de ceux qui sont énoncés à l'article 36.2 de la *Loi sur la preuve au Canada*. En matière criminelle, le bon fonctionnement de la capacité investigatrice de l'administration de la justice exige seulement que lorsque la situation l'exige, l'identité de certaines sources humaines de renseignements demeure cachée. Par contraste, en matière de sécurité, existe la nécessité non seulement de protéger l'identité des sources humaines de renseignements mais encore de reconnaître que les types suivants de renseignements pourraient avoir à être protégés, compte tenu évidemment de l'administration de la justice et plus particulièrement de la transparence de ses procédures : les renseignements relatifs à l'identité des personnes faisant l'objet d'une surveillance, qu'il s'agisse de particuliers ou de groupes, les moyens techniques et les sources de la surveillance, le mode opérationnel du service concerné, l'identité de certains membres du service lui-même, les systèmes de télécommunications et de cryptographie et, parfois, le fait même qu'il y a ou non surveillance. Cela signifie par exemple que des éléments de preuve qui, en eux-mêmes, peuvent ne pas être particulièrement utiles à reconnaître une menace, pourraient néanmoins devoir être protégés si la simple révélation que le SCRS les a en sa possession rendait l'organisme visé conscient du fait qu'il est placé sous surveillance ou écoute électronique, ou encore qu'un de ses membres a fait des révélations.

[49] Aux pages 242 et 243, il ajoute ce qui suit au sujet de la communication d'informations (qui en soit sont neutres) et la compréhension que pourrait en avoir une personne informée :

It is of some importance to realize than an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. He might, for instance, be in a position to determine one or more of the following: (1) the duration, scope intensity and degree of success or of lack of success of an investigation; (2) the investigative techniques of the service; (3) the typographic and teleprinter systems employed by CSIS; (4) internal security procedures; (5) the nature and content of other classified documents; (6) the identities of service personnel or of other persons involved in an investigation. [My emphasis.]

This portion of Justice Addy’s decision was cited numerous times by this Court: it is often described as the “mosaic effect” (see *Zündel (Re)* (2005), 251 D.L.R. (4th) 511 (F.C.), at paragraph 109). In numerous cases, the Federal Court cited these two paragraphs as a reference for deciding whether releasing information would be detrimental to national security (see, for example, *Alemu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2004), 257 F.T.R. 52 (F.C.), at paragraph 14; *Harkat (Re)* (2003), 231 F.T.R. 19 (F.C.T.D.), at paragraph 20).

(3) Assessment of the Facts before the Court

[50] In the matter at hand, the *amicus curiae* submits that it is possible to address, in public, the issue of whether or not the CSIS Act grants the Federal Court jurisdiction to issue warrants which [...]. The question before the Court is therefore whether it is possible to address this issue without breaching the intent of Parliament.

[51] The facts and the documents before the Court led me to the conclusion that it is not possible to debate in public the jurisdictional issue.

Il importe de se rendre compte qu’un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c’est-à-dire une personne qui s’y connaît en matière de sécurité et qui est membre d’un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l’observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu’il possède déjà, être en mesure d’en arriver à des déductions préjudiciables à l’enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. Il pourrait, par exemple, être en mesure de déterminer, en tout ou en partie, les éléments suivants : (1) la durée, l’envergure et le succès ou le peu de succès d’une enquête; (2) les techniques investigatrices du Service; (3) les systèmes typographiques et de téléimpression utilisés par le SCRS; (4) les méthodes internes de sécurité; (5) la nature et le contenu d’autres documents classifiés; (6) l’identité des membres du service ou d’autres personnes participant à une enquête. [Non souligné dans l’original.]

Ce passage de la décision du juge Addy a été cité à maintes reprises par la Cour; il est souvent cité comme ayant un « effet mosaïque » (voir *Zündel (Re)*, 2005 CF 295, au paragraphe 109). Dans de nombreuses affaires, la Cour fédérale a cité ces deux paragraphes en tant que référence à utiliser pour décider si la communication d’informations porterait atteinte à la sécurité nationale (voir par exemple *Alemu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CF 997, au paragraphe 14; *Harkat (Re)*, 2003 CFPI 285, au paragraphe 20).

3) Évaluation des faits soumis à la Cour

[50] En l’espèce, l’*amicus curiae* soutient qu’il est possible d’examiner en public la question visant à établir si la Loi sur le SCRS permet ou non à la Cour fédérale de délivrer des mandats qui [...] Il s’agit donc pour la Cour de déterminer s’il est possible d’aborder cette question sans aller à l’encontre de l’intention du parlement.

[51] Les faits et les documents présentés à la Cour m’amènent à la conclusion qu’il n’est pas possible d’examiner publiquement la question de la compétence.

[52] First, the fact of raising the question in public, in itself, would reveal [...], it would be injurious to national security and to the operations of CSIS to reveal it.

[53] [...] CSIS operates abroad through the work of intelligence officers. Indeed, Mr. Jack Hooper, Deputy Director (Operations) of CSIS stated before a Senate Committee that Canada is active abroad (see Canada, Standing Senate Committee on National Security and Defence [*Minutes of Proceedings*, Issue No. 2], May 29, 2006) [at pages 2:27-2:28]:

Senator Campbell: [...] Is the CSIS overseas role focused entirely on the collection of intelligence about threats to the security of Canada? How are Canada's foreign intelligence requirements being addressed?

Mr. Hooper: The law actually does not permit us to collect foreign intelligence outside Canada — “foreign” intelligence being intelligence around the intentions and capabilities of foreign states and persons. Typically, when people talk about foreign intelligence, at least under our legal model, they are talking about political, economic and military intelligence. In response to your first question, senator, everything we do abroad is directed at collecting security intelligence.

In terms of how we do that, we are moving from one model to another. The service has historically, and the RCMP security service before it, posted what we call security liaison officers in many countries. The primary function of these officers was to conduct liaison with other trusted intelligence organizations and law enforcement agencies.

Afghanistan is a circumstance that has reoriented our thinking about what we need to be doing abroad. It taught us the lesson that much of the information on domestic threats has to be obtained outside the country.

We do that through a variety of means. We do it through foreign collection officers, visiting case officers and the use of assets whom we task and direct to collect intelligence abroad. There are a number of means, not the least of which is our interaction with allied intelligence services in an international arena.

Senator Campbell: How many people would you have working overseas gathering information? These would be your liaison officers, I take it.

[52] Premièrement, le simple fait de soulever publiquement la question révélerait [...], il serait préjudiciable à la sécurité nationale et aux activités du SCRS de la publiciser.

[53] [...] le SCRS mène des activités à l'étranger par l'entremise d'agents de renseignements. En effet, M. Jack Hooper, sous-directeur des Opérations au SCRS, a déclaré devant un comité du Sénat que le Canada est actif à l'étranger (voir Canada, Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense [*Procès-verbaux*, fascicule n° 2], 29 mai 2006) [aux pages 2:27 et 2:28] :

Le sénateur Campbell : [...] L'activité du SCRS à l'étranger tient-elle exclusivement à la collecte de renseignements sur les menaces pour la sécurité du Canada? Comment répond-on aux besoins en renseignements étrangers du Canada?

M. Hooper : En fait, la loi ne nous permet pas de recueillir des renseignements étrangers à l'extérieur du Canada — par renseignements « étrangers », on entend des renseignements concernant les intentions et les capacités de personnes ou d'États étrangers. Habituellement, quand les gens parlent de renseignements étrangers, dans notre modèle juridique en tout cas, ils parlent de renseignements politiques, économiques et militaires. En réponse à votre première question, sénateur, tout ce que nous faisons à l'étranger a pour but de recueillir des renseignements de sécurité.

Quant à la façon de le faire, nous sommes en train de passer d'un modèle à un autre. Par le passé, le service — et le service de la sécurité de la GRC avant lui — affectait ce que nous appelons des agents de liaison de sécurité dans de nombreux pays. Le rôle premier de ces agents est d'assurer la liaison avec d'autres services de renseignements et d'autres corps policiers en qui nous avons confiance.

Le cas de l'Afghanistan a modifié notre façon de penser au sujet de ce que doit être notre activité à l'étranger. Cela nous a appris qu'une grande partie de l'information sur les menaces au pays doit être obtenue à l'extérieur du pays.

Nous nous y employons de diverses façons. Par l'intermédiaire d'agents de collecte étrangers, des officiers traitants de passage au pays et d'éléments que nous chargeons de recueillir des renseignements à l'étranger. Il existe divers moyens, l'un des plus importants étant notre interaction avec les services de renseignements alliés dans une instance internationale.

Le sénateur Campbell : Combien avez-vous de gens à l'étranger qui rassemblent de l'information? Il doit s'agir de vos agents de liaison, j'imagine.

Mr. Hooper: We have something less than 50 intelligence officers abroad.

Senator Campbell: Since the number of terrorist groups and individuals has stayed relatively constant, have we expanded our capabilities since 1998? While I recognize it has remained static, I think the threat has continued to increase. Have you been able to increase your overseas staff since 1998?

Mr. Hooper: Not to the extent that we would like. We received funding in two envelopes over the last two years to augment our foreign collection program, and a lot of that money was earmarked for sending people abroad.

Over the past number of years we have borrowed from domestic collection programs and the people doing that work to send them abroad to do foreign collection. We have invested the money that government accorded us at the front end, in various kinds of infrastructure support, because we can spend that money immediately. It takes a little longer to recruit and train a person who can then go abroad or who can backfill for someone already operating internationally.

It is public that CSIS is present overseas [...].

[54] Another consideration led me to the conclusion that it is not possible to address the jurisdictional issue in public: the issues of law and of fact are intertwined. In some circumstances, questions of facts and questions of law are so inextricably linked that it is not possible to address the issue of law in a vacuum. This was noted by the Supreme Court of Canada, in the context of terrorism, in *Application under s. 83.23 of the Criminal Code (Re)*, above, at paragraphs 30-31:

To begin with, although specific provisions of the Act are directly before us, there are other sections that may be implicated on which we do not wish to pronounce absent a factual foundation. As well, we intend to decide only what is necessary to resolve the specific dispute in issue. We hope otherwise, but there will likely be other cases to arise for further elucidation, and we prefer to await that development.

M. Hooper : Nous avons moins de 50 agents de renseignements à l'étranger.

Le sénateur Campbell : Comme le nombre de terroristes et de groupes terroristes est resté relativement constant, avons-nous grossi nos moyens depuis 1998? Même si le nombre est resté stable, la menace, elle, je pense, a grandi. Avez-vous pu augmenter votre personnel à l'étranger depuis 1998?

M. Hooper : Pas autant que nous l'aurions voulu. Nous avons reçu du financement dans deux enveloppes ces deux dernières années pour renforcer notre programme de collecte à l'étranger et une grande partie de cet argent était destinée à envoyer du personnel à l'étranger.

Depuis quelques années, nous empruntons aux programmes nationaux de collecte et ceux qui font ce travail sont envoyés à l'étranger pour y faire de la collecte de renseignements. Nous avons investi l'argent que le gouvernement nous a donné au début dans diverses formes de soutien aux infrastructures, car nous pouvons dépenser cet argent immédiatement. Il faut un peu plus de temps pour recruter et former quelqu'un qui puisse ensuite aller à l'étranger ou remplacer quelqu'un qui travaille déjà à l'étranger.

Le public est au courant que le SCRS réalise des activités à l'étranger [...]

[54] Une autre considération m'a amené à la conclusion qu'il n'est pas possible de débattre de la question de compétence en public, soit le fait que les questions de droit et de fait sont liées. Dans certaines circonstances, les questions de fait et celles de droit sont tellement inextricablement liées qu'il n'est pas possible de débattre de la question de droit en l'absence de tout contexte. La Cour suprême du Canada a fait cette observation à l'égard du terrorisme dans l'affaire *Demande fondée sur l'art. 83.23 du Code criminel*, précitée, dont il est question plus haut, aux paragraphes 30 et 31.

Pour commencer, bien que certaines dispositions précises de la Loi soient directement soumises à notre attention, il se peut que d'autres dispositions soient en cause, sur lesquelles nous ne souhaitons pas nous prononcer en l'absence de fondement factuel. De même, nous entendons nous prononcer uniquement sur ce qui est nécessaire pour régler le différend dont il est question en l'espèce. Bien que nous ne le souhaitions pas, il se présentera probablement d'autres cas qui nécessiteront des explications supplémentaires, et nous préférons attendre qu'ils se présentent pour apporter ces explications.

In addition context in the law is of vital importance and that is certainly the case with respect to terrorism. What we say in these reasons is influenced by the adjudicative facts we have before us. Although constitutional opinion on legislative facts is a different exercise, again, we wish to emphasize how important it is to examine the particular factual setting of each case prior to determining the legally required result. [My emphasis.]

[55] As the DAGC submits, addressing the question of law in public could have the effect of informing of methodologies utilized for obtaining information in a covert fashion. An application for warrants has been filed which has to be dealt with pursuant to the CSIS Act with all its specifications. Another avenue to deal with the question of law was not chosen by CSIS. This Court has to deal with the warrant application as it is filed. Questions of fact and questions of law are inextricably linked in the application: it would be impossible, in this context, to debate in public the issues of law without unveiling sensitive information, which would be damaging to national security.

[56] A public debate on the issue of law would be likely to reveal CSIS' methodologies. The question of law in itself does not contain such information. However, the application as it is filed cannot be separated in questions of facts and questions of law. In the present circumstances, I do not think that the question of law can be fully dealt with in a vacuum. The question of law would raise several underlying questions, such as:

- How will that be done?
- How will warrant be executed [...]?
- Who will execute the warrant?
- Who will be involved?
- What types of warrants are being sought?
- Who is targeted?

For obvious reasons, answers to these questions cannot be given. The DAGC and the *amicus curiae* would have to argue on these questions. Their submissions could

De plus, le contexte a certes en matière de terrorisme la même importance vitale qu'il en a droit. Les propos que nous tenons dans les présents motifs sont influencés par les faits en litige qui nous ont été soumis. Bien que la formulation d'une opinion constitutionnelle sur des faits législatifs soit un tout autre exercice, nous tenons, là encore, à souligner qu'il importe d'examiner le contexte factuel particulier de chaque affaire pour déterminer le résultat que commande la loi. [Non souligné dans l'original.]

[55] Comme le soutient le SPGC, débattre en public de la question de droit pourrait avoir pour effet de révéler les méthodes employées pour obtenir secrètement des informations. Une demande de mandats a été déposée et il faut y donner suite conformément à la Loi sur le SCRS et à toutes ses dispositions. Le SCRS n'a pas retenu un autre moyen aux fins de l'examen de la question de droit. La Cour doit donner suite à la demande de mandats qui a été présentée. Dans la demande, les questions de fait et de droit sont inextricablement liées; il serait donc impossible dans ce contexte de débattre en public des questions de droit sans révéler des informations sensibles qui seraient préjudiciables à la sécurité nationale.

[56] Un débat public sur la question de droit révélerait vraisemblablement les méthodes employées par le SCRS. La question de droit en elle-même ne contient pas d'informations de cette nature. Toutefois, la demande de mandats déposée ne peut être divisée en questions de fait et en questions de droit. Dans les circonstances, je ne crois pas que la question de droit puisse être pleinement examinée dans l'abstrait. La question de droit soulèverait plusieurs questions sous-jacentes, par exemple :

- Comment cela se fera-t-il?
- Comment le mandat sera-t-il exécuté [...]?
- Qui exécutera le mandat?
- Qui seront les intervenants?
- Quels mandats demande-t-on au juste?
- Qui est ciblé?

Pour des raisons évidentes, il est impossible de répondre à ces questions. Le SPGC et l'*amicus curiae* devraient débattre de ces questions. Leurs observations pourraient

divulge to the public some methodologies of CSIS and certain activities [...]. This is likely to restrain counsel for the DAGC to inform the designated judge about information that is relevant to the questions of law to be decided. In contrast, if the debate is conducted *in camera*, the judge will have all the relevant information before him and the debate is more likely to be comprehensive.

C. Conclusion

[57] Having noted that the question of law does trigger the automatic consideration of the facts related to the application for warrants and having identified some of the possible consequences of discussing the question of law, I have to come to the conclusion that the jurisdictional issue as presented cannot be dealt with in public. If a motion for declaratory judgment on the jurisdictional issue only (without factual evidence) would have been presented, then it would have been possible to seriously consider hearing it publicly. Such was not the decision taken by CSIS.

[58] Finally, I understand that the wording used in section 27 of the CSIS Act can be interpreted as being limitative to hearings to be held in private. In contrast, one can argue that the section 27 wording, although very clear as to the privacy of the hearing on the warrant application itself, mentions neither that the decision, nor the documents filed with the Court, are also “private.” I leave for the trial Judge to decide this issue, after having given the parties the opportunity to address it. Having said that, I will be asking counsel by directive, whether or not the present decision or some parts of it can be made public.

[59] Pending further decision, the reasons for order and order are to be kept “in private.”

THEREFORE, THIS COURT ISSUES THE FOLLOWING ORDER:

- The section 21 application shall be heard “in private.”

révéler au public certaines des méthodes employées par le SCRS et certaines des activités auxquelles se livrent [...] Ce qui limiterait vraisemblablement la communication par les avocats du SPGC au juge désigné de renseignements pertinents aux questions de droit à trancher. Par contre, si l’audience se tient à huis clos, le juge aura entre les mains toutes les informations pertinentes et le débat est plus susceptible d’être exhaustif.

C. Conclusion

[57] Puisque j’ai précisé que la question de droit enclenche l’examen automatique des faits relatifs à la demande de mandats et que j’ai relevé certaines des conséquences possibles de l’examen de la question de droit, il me faut conclure que la question de compétence telle qu’elle a été présentée ne peut être examinée publiquement. Si une requête en jugement déclaratoire avait été présentée relativement à la question de compétence seulement (sans preuve factuelle), il aurait alors été possible d’envisager sérieusement la tenue d’une audience publique. Or ce n’est pas la décision qu’a prise le SCRS.

[58] Enfin, je suis conscient que le texte de l’article 27 de la Loi sur le SCRS peut être interprété comme prévoyant uniquement la tenue d’audiences à huis clos. Par contre, on peut soutenir que le texte de l’article 27, quoique très clair quant au caractère confidentiel de l’audience relative à la demande de mandat, ne précise pas que la décision ni les documents déposés sont aussi confidentiels. Je laisse au juge du procès le soin de trancher cette question, avoir après donné aux parties l’occasion d’en faire l’examen. Cela étant dit, par voie d’instruction, je demanderai aux avocats s’il est possible de rendre publique la présente décision ou certaines de ses parties.

[59] En attendant une autre décision, les motifs de l’ordonnance et l’ordonnance doivent être gardés « confidentiels ».

EN CONSÉQUENCE, LA COUR REND L’ORDONNANCE SUIVANTE :

- La demande présentée en vertu de l’article 21 sera entendue «   huis clos ».