

CONF-3-18
2018 FCA 161

CONF-3-18
2018 CAF 161

IN THE MATTER OF an order made with respect to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended

AFFAIRE INTÉRESSANT une ordonnance rendue relativement à l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée

INDEXED AS: SECTION 18.1 OF THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT, R.S.C., 1985, C. C-23, AS AMENDED (RE)

RÉPERTORIÉ : ARTICLE 18.1 DE LA LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ, L.R.C. (1985), CH. C-23, TELLE QUE MODIFIÉE (RE)

Federal Court of Appeal, Boivin, de Montigny and Laskin JJ.A.—Ottawa, June 4 and August 30, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, de Montigny et Laskin, J.C.A.—Ottawa, 4 juin et 30 août 2018.

Editor's Note: Portions redacted by the Court are indicated by [***].

Note de l'arrêtiiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Security Intelligence — Appeal from order of Federal Court Judge (designated Judge) requiring that appellant Attorney General file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 18.1 — Individual denied permanent residence by visa officer on basis of inadmissibility — Certified tribunal record (CTR) redacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 87, CSIS Act, s. 18.1 — Attorney General seeking motion for non-disclosure of redacted CTR information — Designated Judge finding individual in difficult position to challenge privilege claims pursuant to CSIS Act, s. 18.1(4) — Ordering filing of affidavit from CSIS to justify basis of privilege claims — Whether designated Judge having jurisdiction to issue order under appeal — Order made in excess of jurisdiction — S. 18.1(4) restricting designated judge's ability to require evidence in support of s. 18.1 privilege claim where no application brought — That said, designated judges not powerless to inquire further if basis for privilege claims not apparent on face of record — Appointment of amicus curiae or special advocate appropriate course of action in such a case — Amicus curiae may institute s. 18.1(4) challenge if privilege claims appearing ill-founded — Designated judge then having full jurisdiction to inquire further into basis for claims — Appeal allowed.

Renseignement de sécurité — Appel d'une ordonnance dans laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge désigné) a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'art. 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — La demande de résidence permanente d'une personne a été rejetée par un agent des visas au motif d'interdiction de territoire — Le dossier certifié du tribunal (DCT) contenait des renseignements caviardés en application de l'art. 87 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et de l'art. 18.1 de la Loi sur le SCRS — La procureure générale a déposé une requête en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT — Le juge désigné a conclu que l'intéressé pouvait difficilement contester les revendications de privilège au titre de l'art. 18.1(4) de la Loi sur le SCRS — Il a ordonné que soit déposé un affidavit du SCRS pour justifier le fondement des revendications de privilège — Il s'agissait de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel — L'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence — L'art. 18.1(4) limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'art. 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée — Cela étant dit, les juges désignés ne sont pas dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement des revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier — La meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un amicus curiae ou un avocat spécial — Si l'amicus pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre de l'art. 18.1(4) — Le juge désigné a alors pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications — Appel accueilli.

This was an appeal from an order of a Federal Court Judge (designated Judge) requiring the appellant Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act).

The proceeding underlying this matter was a judicial review application filed by an individual whose application for permanent residence was denied by a visa officer who assessed that he was inadmissible pursuant to paragraphs 41(a) and 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The visa officer sent the certified tribunal record (CTR) related to the individual's application to the Court after leave to institute a judicial review application was obtained. The CTR contained redactions made pursuant to section 87 of IRPA and section 18.1 of the CSIS Act. The Attorney General sought a motion pursuant to section 87 of IRPA for the non-disclosure of redacted information contained in the CTR. During the section 87 hearing, the Attorney General expressed the view that the designated Judge could only test the appropriateness of the privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act if seized of an application brought under subsection 18.1(4) thereof. The designated Judge emphasized during the hearing that the individual did not know which redactions were subject to section 87 of the IRPA and which ones were subject to section 18.1 of the CSIS Act. The individual was therefore in a difficult position to bring a challenge to those privilege claims pursuant to subsection 18.1(4) of the CSIS Act. As a result, the designated Judge ordered that an affidavit be filed from a CSIS official with sufficient knowledge of the relevant facts to justify the basis of the section 18.1 CSIS Act privilege claims in the CTR. After reviewing the affidavit, the designated Judge was satisfied of the basis for the privilege claims.

At issue was whether the designated Judge had jurisdiction to issue the order under appeal.

Held, the appeal should be allowed.

The order was made in excess of jurisdiction. The Attorney General put considerable emphasis on her submission that section 18.1 of the CSIS Act is a complete statutory code which is intended to provide a comprehensive regulation of the CSIS human source privilege to the exclusion of any other law. This argument did not dispose of the matter. There is nothing in the wording of section 18.1 that explicitly confers jurisdiction on a designated judge to inquire further into the basis of

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance dans laquelle le juge de la Cour fédérale (le juge désigné) a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS).

L'instance sur laquelle était fondée la présente espèce était une demande de contrôle judiciaire déposée par une personne dont la demande de résidence permanente a été rejetée par un agent des visas, qui a jugé que l'intéressé était interdit de territoire aux termes de l'article 41 et l'alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). L'agent des visas a envoyé le dossier certifié du tribunal (DCT) concernant la demande présentée par la personne à la Cour après qu'elle eut obtenu l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. Le DCT contenait des renseignements caviardés en application de l'article 87 de la LIPR, de même que de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. La procureure générale a déposé une requête, conformément à l'article 87 de la LIPR, en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT. Durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87, la procureure générale a exprimé l'avis que le juge désigné ne pouvait remettre en question le bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS que s'il était saisi d'une demande déposée au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a souligné durant cette audience que l'intéressé ne savait pas quels renseignements caviardés étaient assujettis à l'article 87 de la LIPR et lesquels étaient assujettis à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, l'intéressé pouvait difficilement contester ces revendications de privilège au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a donc ordonné que soit déposé un affidavit d'un autre agent du SCRS possédant une connaissance suffisante des faits pertinents dans le DCT pour justifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a examiné l'affidavit, après quoi il a indiqué qu'il était satisfait du fondement invoqué pour justifier les revendications de privilège.

Il s'agissait de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence. La procureure générale a beaucoup insisté sur son argument selon lequel l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS constitue un code législatif complet, qui a pour but de réglementer de manière exhaustive le privilège relatif aux sources humaines du SCRS à l'exclusion de toute autre loi. Cet argument ne permettait pas de trancher la question. Rien dans le texte de l'article 18.1 ne confère explicitement au juge désigné le pouvoir de demander

privilege claims made thereunder. While the absence of prohibitive language such as is found in sections 38.13 and 39 of the *Canada Evidence Act* (CEA) weighed in favour of a finding that a designated judge has jurisdiction to inquire into a section 18.1 CSIS Act privilege claim, notwithstanding the CSIS Act's silence on the matter, further considerations prevented the Court from reaching that conclusion. It was necessary to consider the circumstances in which section 18.1 was enacted to better ascertain Parliament's intention. Section 18.1 was enacted in response to the Supreme Court's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, in which the majority held that common law police informer privilege did not extend to CSIS human sources. It was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA. The enactment of section 18.1 had the effect of precluding the Court from assessing CSIS human source information within the framework of section 38 of the CEA. Section 18.1 similarly precludes the Court from dealing with CSIS human source information in a proceeding under section 87 of IRPA. Subsection 18.1(4) restricts a designated judge's ability to require evidence in support of a section 18.1 privilege claim where no application has been brought. This conclusion is consistent with Parliament's intention to impose stricter safeguards on human source information than is provided by either the CEA or IRPA and was sufficient to dispose of the appeal. However, further commentary was warranted in the circumstances of this case.

Parliament cannot have intended to provide designated judges with information over which section 18.1 CSIS Act privilege is claimed, only to leave them powerless to inquire further if the basis for those privilege claims is not apparent on the face of the record. The appropriate course of action in such a case is to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims. Two competing considerations led to this conclusion. On the one hand, the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy which he or she refused to use, and some weight should be given to that choice. On the other hand, designated judges must retain some supervisory power over the government's claims of privilege and cannot be bound by a party's choice. With respect to the first consideration, empowering designated judges to test the foundation of section 18.1 privilege claims of their own motion in all cases would entice the underlying parties to abdicate their responsibility to take control of their own proceeding. Subsection 18.1(4) was not drafted with such an intention. As to the second consideration,

des précisions additionnelles sur le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de cet article. L'absence d'un texte prohibitif que l'on trouve dans les articles 38.13 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) militait en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné a compétence de demander des précisions additionnelles concernant une revendication de privilège présentée en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, nonobstant le mutisme de la Loi sur le SCRS sur ce point, mais d'autres éléments ont écarté cette conclusion. Il convenait de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'article 18.1 a été adopté pour mieux comprendre l'intention du législateur. L'article 18.1 a été adopté à la suite d'une jurisprudence de la Cour suprême, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, dans laquelle la majorité a conclu que le privilège reconnu par la common law relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS. Il était conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC. L'adoption de l'article 18.1 a eu pour effet d'interdire à la Cour d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre de l'article 38 de la LPC. L'article 18.1 retire de la même manière à la Cour le pouvoir d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre d'une instance relative à l'article 87 de la LIPR. Le paragraphe 18.1(4) limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée. Cette conclusion est conforme à l'intention du législateur d'imposer des mesures de protection plus strictes concernant les informations sur les sources humaines que ce que prévoit la LPC ou la LIPR et était suffisante pour trancher l'appel. Toutefois, des observations plus circonstanciées étaient justifiées dans les circonstances de l'espece.

Le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre aux juges désignés d'avoir accès à des renseignements pour lesquels un privilège est revendiqué en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS uniquement pour les laisser dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement de ces revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier. La meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1. Deux considérations concurrentes ont amené la Cour à tirer cette conclusion. D'une part, un autre recours était ouvert à la partie à la procédure principale, que celle-ci a refusé d'exercer, et un certain poids doit être accordé à ce choix. D'autre part, les juges désignés doivent conserver un certain pouvoir de supervision relativement aux revendications de privilège du gouvernement, et ils ne peuvent être liés par le choix d'une partie. En ce qui concerne la première considération, autoriser dans tous les cas les juges désignés à vérifier de leur propre chef le fondement des revendications

a designated judge should not be strictly bound in all cases by a party's choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge. A party will often be in a difficult position to determine whether to bring a subsection 18.1(4) challenge, not knowing what the basis for such a challenge might be or even how much material is subject to section 18.1 privilege as opposed to another privilege. It was not Parliament's intent to require designated judges to allow overreaching privilege claims to pass them by simply because the underlying party did not challenge them. Section 18.1 is more restrictive than section 38 of the CEA or section 87 of IRPA, precisely because section 18.1 does not place the burden on the state to justify the privilege. That is one of the most salient differences between section 18.1 of the CSIS Act and the other provisions. This removal of the onus does not mean that the hands of a designated judge are completely tied when a party neglects to put the Attorney General to the strict proof of the foundation for the privilege by invoking subsection 18.1(4). Likewise, it is not only the designated judge that can have access to the unredacted section 18.1 information. If the *amicus* views the section 18.1 material and concludes that it is properly subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, then the *amicus* will decline to bring an application pursuant to subsection 18.1(4). The designated judge will not have jurisdiction to require further evidence of the basis for the privilege. If, on the other hand, the *amicus* believes the privilege claims to be ill-founded, then he or she can institute a subsection 18.1(4) challenge. The designated judge will have full jurisdiction to inquire further into the basis for the claims. While this mechanism was argued to be unduly cumbersome, it remains that whatever framework is chosen must be authorized by the statute; the appointment of an *amicus* in cases such as the one at bar gives meaning to the fact that no subsection 18.1(4) application was brought by a party or a listed person in respect of the underlying proceeding; and it ensures that the designated judge benefits from a perspective opposite that of the government, thus keeping the designated judge in a more adjudicative, rather than inquisitorial role.

de privilège présentées en application de l'article 18.1 pourrait amener les parties aux procédures principales à renoncer à leur obligation de prendre le contrôle de leur déroulement. Le paragraphe 18.1(4) n'a pas été rédigé avec une telle intention. En ce qui concerne la seconde considération, le juge désigné ne doit pas, dans tous les cas, être strictement lié par le choix d'une partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). La partie est souvent mal placée pour décider s'il faut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ne sachant pas quel pourrait être le motif d'une telle contestation ou même quels renseignements sont visés par le privilège invoqué en application de l'article 18.1, comparativement à tout autre privilège. Le législateur n'avait pas l'intention de demander aux juges désignés de regarder passer des revendications de privilège démesurées sans intervenir, simplement parce que la partie à la procédure principale ne les a pas contestées. L'article 18.1 est plus restrictif que l'article 38 de la LPC ou l'article 87 de la LIPR, précisément parce que l'article 18.1 n'impose pas à l'État le fardeau de justifier le privilège. C'est là une des différences les plus importantes entre l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et les autres dispositions. Cela ne signifie pas que le juge désigné a les mains complètement liées quand la partie néglige de demander à la procureure générale d'établir le fondement du privilège revendiqué en invoquant le paragraphe 18.1(4). De la même manière, le juge désigné n'est pas le seul à avoir accès aux renseignements non caviardés en application de l'article 18.1. Si l'*amicus* prend connaissance des renseignements protégés aux termes de l'article 18.1 et conclut qu'ils sont bien visés par le privilège consacré par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il pourra ensuite décider de ne pas déposer de demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné n'aura pas la compétence d'exiger d'autres éléments de preuve du fondement de la revendication de privilège, même s'il pense toujours qu'elle est mal fondée. Si, par contre, l'*amicus* pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné a pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications. Bien que l'on ait fait valoir que ce mécanisme était indûment fastidieux, il n'en reste pas moins que, peu importe le cadre retenu, il doit être autorisé par la loi; la nomination d'un *amicus* dans des cas comme celui qui nous occupe donne un certain sens au fait que nulle demande au titre du paragraphe 18.1(4) n'a été présentée par une partie ou une des personnes énumérées relativement à la procédure principale; et elle permet de s'assurer que le juge désigné bénéficie d'un point de vue opposé à celui du gouvernement, lui permettant ainsi d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06, 38.13, 38.131, 39.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 18.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(d), 41(a), 83, 87, 87.1.
Protection of Canada from Terrorists Act, S.C. 2015, c. 9.

CASES CITED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99; *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Canada Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, revd on other grounds 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a Federal Court order requiring the appellant Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.06, 38.13, 38.131, 39.
Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, ch. 9.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)d, 41, 83, 87, 87.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77; *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, inf. pour d'autres motifs par 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL d'une ordonnance dans laquelle la Cour fédérale a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Appel accueilli.

APPEARANCES

Derek Rasmussen and Lorne Ptack for appellant.
Owen M. Rees as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l., Ottawa, as *amicus curiae*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] BOIVIN J.A.: The Attorney General of Canada (the Attorney General) appeals from an order of Mosley J. of the Federal Court (the designated Judge). In that order, the designated Judge required the Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims she had made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (the CSIS Act) which addresses the protection of human sources. These privilege claims were made over information contained in a visa officer's certified tribunal record (CTR) related to an individual's application for permanent residence in Canada. The individual was aware that information in the CTR was redacted under section 18.1 of the CSIS Act, but did not bring an application under subsection 18.1(4) of that Act to challenge the claim of privilege. Therefore, the Attorney General appeals the designated Judge's order on the basis that it was issued without jurisdiction.

[2] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

I. Background

[3] The proceeding underlying this matter is a judicial review application filed by an individual whose application for permanent residence in Canada was denied. This denial was the result of a visa officer's assessment that he

ONT COMPARU :

Derek Rasmussen et Lorne Ptack pour l'appellant.
Owen M. Rees à titre d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada, pour l'appellant.
Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l., Ottawa, à titre d'*amicus curiae*.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : La procureure générale du Canada (la procureure générale) interjette appel d'une ordonnance du juge Mosley de la Cour fédérale (le juge désigné). Dans cette ordonnance, le juge désigné a exigé que la procureure générale dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée (la Loi sur le SCRS), qui porte sur la protection de l'anonymat des sources humaines. Ces revendications de privilège ont été présentées relativement à des renseignements inclus dans le dossier certifié du tribunal (DCT) d'un agent des visas et qui concernent la demande de résidence permanente au Canada présentée par une personne. Cette personne, l'intéressé, savait que des renseignements dans le DCT étaient caviardés en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, mais n'a pas déposé une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi pour contester la revendication de privilège. Par conséquent, la procureure générale interjette appel de l'ordonnance du juge désigné, au motif qu'elle a été rendue en l'absence de compétence.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerais l'appel.

I. Faits et procédures

[3] L'instance sur laquelle est fondée la présente espèce est une demande de contrôle judiciaire déposée par une personne dont la demande de résidence permanente au Canada a été rejetée. Ce rejet découlait de l'appréciation

was inadmissible to Canada pursuant to paragraphs 41(a) and 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA).

[4] The individual obtained leave to institute a judicial review application against the visa officer's decision. Accordingly, the visa officer sent the CTR to the Federal Court, to the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister), and to the individual.

[5] The CTR contained redactions. The accompanying covering letter indicated that the redactions were made pursuant to section 87 of the IRPA, as well as pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. The letter did not specify which redactions were subject to which privilege.

[6] In anticipation of the judicial review hearing, the Attorney General brought a motion on behalf of the Minister, pursuant to section 87 of the IRPA, for the non-disclosure of redacted information contained in the CTR. Among the material filed in support of this motion was an affidavit sworn by a CSIS officer (the first CSIS affiant).

[7] The designated Judge scheduled an *ex parte* and *in camera* hearing for the section 87 proceedings. Ahead of that hearing, the designated Judge required to see the redacted section 18.1 information. The Attorney General provided the designated Judge with the unredacted information over which she was claiming privilege pursuant to section 18.1 of the CSIS Act.

[8] During the section 87 hearing, the designated Judge heard from the first CSIS affiant. The designated Judge expressed his reservations as to the appropriateness of the section 18.1 CSIS Act privilege claims, and asked the first CSIS affiant for justification. The first CSIS affiant was not, however, in a position to speak to the section 18.1 redactions.

faite par l'agent des visas, selon laquelle l'intéressé était interdit de territoire au Canada aux termes de l'article 41 et de l'alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[4] L'intéressé a obtenu l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'agent des visas. Par conséquent, l'agent des visas a envoyé le DCT à la Cour fédérale, au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et à la personne.

[5] Le DCT contenait des renseignements caviardés. La lettre de présentation qui l'accompagnait indiquait que les renseignements avaient été caviardés en application de l'article 87 de la LIPR, de même que de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Cette lettre ne précisait pas quels renseignements caviardés faisaient l'objet de quel privilège.

[6] En prévision de l'audition du contrôle judiciaire, la procureure générale a déposé une requête au nom du ministre, conformément à l'article 87 de la LIPR, en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT. Parmi les documents déposés à l'appui de cette requête, il y avait une déclaration sous serment d'un agent du SCRS (le premier déposant du SCRS).

[7] Le juge désigné a fixé une date d'audience *ex parte* et à huis clos de l'instance engagée en application de l'article 87. Avant cette audience, le juge désigné a demandé à voir les renseignements caviardés en application de l'article 18.1. La procureure générale a remis au juge désigné les renseignements non caviardés pour lesquels elle revendiquait un privilège en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[8] Durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87, le juge désigné a entendu le premier déposant du SCRS. Le juge désigné a exprimé des réserves quant au bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, et a demandé au premier déposant du SCRS de fournir une justification. Toutefois, le premier déposant du SCRS

[9] During the section 87 hearing, the Attorney General expressed the view that the designated Judge should not be testing the appropriateness of the privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act. In her view, the designated Judge could only do so if seized of an application brought under subsection 18.1(4) of the CSIS Act and no such application was filed.

[10] The designated Judge emphasized during the section 87 hearing, however, that the individual did not know which redactions were subject to section 87 of the IRPA and which ones were subject to section 18.1 of the CSIS Act. Therefore, the individual was in a difficult position to bring a challenge to those privilege claims pursuant to subsection 18.1(4).

[11] As a result, the designated Judge issued the order. He adjourned the section 87 hearing; he ordered the Minister to file an affidavit from another CSIS official with sufficient knowledge of the relevant facts to justify the basis of the section 18.1 CSIS Act privilege claims in the CTR; and he further ordered the Minister to make that affiant available to the Court to provide *viva voce* evidence, if necessary.

[12] The Attorney General appealed the order. Notwithstanding her appeal, the Attorney General complied with the order by filing an affidavit by a CSIS officer with knowledge of the relevant facts (the second CSIS affiant). The designated Judge reviewed the second CSIS affiant's affidavit, after which he issued a direction indicating that he was satisfied of the basis for the section 18.1 CSIS Act privilege claims and would not require oral testimony from the second CSIS affiant.

[13] The designated Judge's direction gave the Attorney General the opportunity to seek an adjournment of the

n'était pas en position de s'exprimer au sujet des renseignements caviardés en application de l'article 18.1.

[9] Durant cette audience, la procureure générale a exprimé l'avis que le juge désigné ne devait pas remettre en question le bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. À son avis, le juge désigné ne pouvait le faire que s'il était saisi d'une demande déposée au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS et aucune demande de ce type n'avait été déposée.

[10] Toutefois, le juge désigné a souligné durant cette audience, que l'intéressé ne savait pas quels renseignements caviardés étaient assujettis à l'article 87 de la LIPR et lesquels étaient assujettis à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, l'intéressé pouvait difficilement contester ces revendications de privilège au titre du paragraphe 18.1(4).

[11] Le juge désigné a donc rendu son ordonnance. Il a ajourné l'audience tenue en application de l'article 87; il a ordonné au ministre de déposer un affidavit d'un autre agent du SCRS possédant une connaissance suffisante des faits pertinents dans le DCT pour justifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS; il a en outre ordonné au ministre de s'assurer que le déposant puisse se présenter à la Cour pour rendre un témoignage de vive voix, si nécessaire.

[12] La procureure générale a interjeté appel de cette ordonnance. Nonobstant l'appel déposé, la procureure générale s'est conformée à l'ordonnance en produisant l'affidavit de l'agent du SCRS ayant une connaissance des faits pertinents (le deuxième déposant du SCRS). Le juge désigné a examiné l'affidavit du deuxième déposant du SCRS, après quoi il émit une directive indiquant qu'il était satisfait du fondement invoqué pour justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et qu'il n'exigerait pas que le deuxième déposant du SCRS témoigne de vive voix.

[13] La directive du juge désigné donnait à la procureure générale la possibilité de demander l'ajournement

judicial review hearing pending the outcome of the present appeal. She did not seek such an adjournment, and the judicial review hearing went ahead as planned. The matter has now been disposed of by the Federal Court [***].

[14] No special advocate or *amicus curiae* appeared before the designated Judge during the section 87 hearing (transcript of the section 87 hearing, Appeal Book, Tab 18). On appeal, an *amicus curiae* was appointed by this Court to assist it in determining the appeal. The *amicus* later withdrew and was replaced by a second *amicus curiae* who made written representations and appeared before the Court at the hearing. The *amicus*'s submissions were limited to the issue on appeal, namely whether the impugned order was made within jurisdiction.

II. Issue

[15] The sole issue before our Court is whether the designated Judge had jurisdiction to issue the order under appeal.

III. Analysis

A. *Preliminary Matter — Mootness*

[16] At the hearing of this appeal, our Court raised the question of whether the appeal had become moot. The Attorney General's notice of appeal asks this Court to set aside the order, since she has complied with it in full. In oral submissions, both the Attorney General and the *amicus* argued that this appeal raises an important jurisdictional question and that this Court should exercise its residual discretion to decide the matter.

[17] I agree. While the general rule is that a court should not decide a matter once it has become moot, a court retains residual discretion to decide the matter if it is warranted in the circumstances: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*). Having reviewed the factors enumerated in *Borowski*, and bearing in mind the agreed position of the Attorney General and the *amicus*, I am of the view that the issue

de l'audience de contrôle judiciaire en attendant l'issue du présent appel. Elle n'a pas demandé cet ajournement, et l'audience de contrôle judiciaire a eu lieu comme prévu. La Cour fédérale [***] a maintenant tranché l'affaire.

[14] Aucun avocat spécial ou *amicus curiae* n'a comparu devant le juge désigné durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87 (transcription de l'audience tenue en application de l'article 87, dossier d'appel, onglet 18). En appel, un *amicus curiae* a été nommé par notre Cour pour l'aider à juger l'appel. L'*amicus* s'est par la suite retiré et a été remplacé par un deuxième *amicus curiae* qui a présenté des observations écrites et a comparu devant la Cour lors de l'instruction de l'instance. Les observations de l'*amicus* se limitaient à la question en appel, soit de savoir si l'ordonnance contestée a été rendue dans les limites de la compétence.

II. Question en litige

[15] La seule question dont est saisie notre Cour est de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel.

III. Analyse

A. *Question préliminaire : le caractère théorique*

[16] Lors de l'instruction du présent appel, notre Cour a soulevé la question de savoir si l'appel était devenu théorique. L'avis d'appel de la procureure générale demande à la Cour d'annuler l'ordonnance, puisqu'elle s'y est conformée en totalité. Dans leurs observations verbales, la procureure générale et l'*amicus* ont affirmé que le présent appel soulève une importante question de compétence et que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel pour trancher l'affaire.

[17] Je suis d'accord. Même si selon la règle générale, une cour ne doit pas trancher une question qui est devenue théorique, les cours conservent le pouvoir discrétionnaire résiduel de trancher l'affaire si les circonstances le justifient : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*). Après avoir passé en revue les critères recensés dans l'arrêt *Borowski*, et en gardant à l'esprit la position de la procureure générale

raised in this appeal is of sufficient importance such that this Court should decide the matter notwithstanding its mootness.

[18] Therefore, I shall proceed to address the matter on its merits.

B. *Standard of Review*

[19] The question raised in this appeal is a question of law, reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

C. *Does a designated Judge have jurisdiction to require evidentiary justification for a privilege claim made under section 18.1 of the CSIS Act absent an application brought under subsection 18.1(4) of that Act?*

[20] The question of whether the designated Judge had jurisdiction to issue the impugned order must be answered, first and foremost, by applying the principles of statutory interpretation. The Attorney General has put considerable emphasis on her submission that section 18.1 of the CSIS Act is a complete statutory code which is intended to provide a comprehensive regulation of the CSIS human source privilege to the exclusion of any other law (see, for example, memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraphs 32–43). [***] this straightforward argument does not dispose of the matter. Since the statute does not provide an explicit answer to the question posed in this appeal, this Court must still resort to principles of statutory interpretation to arrive at an answer [***].

[21] The Attorney General in her submissions has also argued that the Federal Court does not have implied jurisdiction or plenary jurisdiction to issue the impugned order. In my view, these are secondary considerations and they will briefly be addressed at the end of these reasons.

et de l'*amicus*, je suis d'avis que la question soulevée dans le présent appel est suffisamment importante pour que la Cour tranche l'affaire bien qu'elle soit devenue théorique.

[18] Par conséquent, je discuterai la question sur le fond.

B. *Norme de contrôle*

[19] La question soulevée dans le présent appel est une question de droit, qui est assujettie à la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

C. *Est-ce que le juge désigné a compétence d'exiger une justification probante concernant une revendication de privilège présentée en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la même Loi?*

[20] D'abord et avant tout, il faut répondre à la question de savoir si le juge désigné avait compétence pour rendre l'ordonnance contestée, en appliquant les principes reconnus en matière d'interprétation des lois. La procureure générale a beaucoup insisté sur son argument selon lequel l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS constitue un code législatif complet, qui a pour but de réglementer de manière exhaustive le privilège relatif aux sources humaines du SCRS à l'exclusion de toute autre loi (voir, par exemple, le mémoire des faits et du droit de la procureure générale, aux paragraphes 32 à 43). [***] ce simple argument ne permet pas de trancher la question. Comme la loi ne donne pas de réponse explicite à la question soulevée dans le présent appel, notre Cour doit s'en remettre aux principes reconnus d'interprétation des lois pour en arriver à une réponse [***].

[21] Dans ses observations, la procureure générale a également soutenu que la Cour fédérale n'a pas la compétence implicite ou la plénitude de compétence pour rendre l'ordonnance contestée. À mon avis, il s'agit là de considérations secondaires, et elles seront brièvement discutées à la fin des présents motifs.

[22] Although the proceeding which gave rise to this appeal was a non-disclosure application under section 87 of the IRPA, the statutory provision at issue before our Court is section 18.1 of the CSIS Act. More particularly, it is subsections 18.1(1), (2) and (4) that are under consideration. These provisions read as follows:

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

...

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

[23] The proper approach to statutory interpretation is the modern approach, otherwise described as the unified textual, contextual and purposive approach: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; *Tran v. Canada*

[22] Bien que la procédure qui a donné lieu au présent appel concernait une demande d'interdiction de communication déposée en vertu de l'article 87 de la LIPR, la disposition législative en cause devant notre Cour est l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Plus précisément, ce sont les paragraphes 18.1(1), (2) et (4) qui sont en cause. Ces dispositions se lisent comme suit :

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

[...]

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

[23] La méthode indiquée en matière d'interprétation des lois est l'approche moderne, c'est-à-dire l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10;

(*Public Safety and Emergency Preparedness*), 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paragraph 23; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99, at paragraph 67. Following this approach, “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes* (2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983), at page 87). This approach must be kept in mind in addressing the submissions of the Attorney General and the *amicus*.

[24] With regard to the text of section 18.1—except for the challenge mechanism provided for in subsection 18.1(4)—there is nothing in the wording of section 18.1 that explicitly confers jurisdiction on a designated judge to inquire further into the basis of privilege claims made thereunder. According to the Attorney General, therefore, a subsection 18.1(4) application is the “condition precedent” that engages a designated judge’s jurisdiction to inquire further into the basis of a section 18.1 CSIS Act privilege claim. In other words, the Attorney General argues that the only forum in which she will be required to lead evidence in support of a section 18.1 privilege claim is a hearing held pursuant to subsection 18.1(7) of the Act and such a hearing will not take place absent a subsection 18.1(4) application.

[25] The *amicus*, for his part, disagrees with this interpretation. He argues that “[n]othing in s[ubsection] 18.1(4) can properly be read as ousting the Court’s authority to require an evidentiary basis for the claim of privilege” (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 43). There is nothing inconsistent, he argues, in allowing the individuals listed in subsection 18.1(4) to challenge the claims of privilege while preserving the designated judge’s residual discretion to test the basis of those claims whether or not such a challenge is brought.

Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, au paragraphe 23; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77, au paragraphe 67. Selon cette méthode, il faut [TRADUCTION] « lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes* (2^e éd., Toronto : Butterworths, 1983), page 87). Il convient de garder cette méthode à l’esprit en ce qui concerne les observations de la procureure générale et de l’*amicus*.

[24] En ce qui a trait au texte de l’article 18.1 — en excluant le mécanisme de contestation prévu au paragraphe 18.1(4) — rien dans ce texte ne confère explicitement au juge désigné le pouvoir de demander des précisions additionnelles sur le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de cet article. Par conséquent, selon la procureure générale, la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) est la « condition préalable » qui donne au juge désigné le pouvoir de demander des précisions additionnelles sur le fondement d’une revendication de privilège présentée en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Autrement dit, la procureure générale affirme qu’elle a uniquement l’obligation de produire les éléments de preuve appuyant la revendication de privilège présentée en application de l’article 18.1 lors de l’audience tenue en vertu du paragraphe 18.1(7) de la Loi, et une telle audience ne peut avoir lieu en l’absence d’une demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4).

[25] L’*amicus*, pour sa part, est en désaccord avec cette interprétation. Il soutient que [TRADUCTION] « rien dans le paragraphe 18.1(4) ne peut être interprété comme ayant pour effet de priver la Cour du pouvoir d’exiger un fondement de preuve justifiant la revendication de privilège » (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 43). Selon lui, il n’y a rien d’incohérent dans le fait de permettre aux personnes recensées au paragraphe 18.1(4) de contester les revendications de privilège tout en préservant le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge désigné de vérifier le fondement de ces revendications, qu’elles soient contestées ou non.

[26] Furthermore, says the *amicus*, Parliament knows how to speak when it intends to preclude a court from testing, of its own motion, the basis of a privilege claim. Sections 38.13 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) are, in his view, examples of the clear language Parliament uses to oust a court's jurisdiction to inquire into the propriety of a privilege claim. No such language is found in section 18.1 of the CSIS Act. Therefore, there is no suggestion in that provision that the Attorney General's assertion of the privilege is meant to be dispositive absent a challenge.

[27] Let me first underscore that contrasting section 18.1 of the CSIS Act with other statutory provisions that govern privilege claims invoked by the state is a helpful aid to statutory interpretation in this case. [***] It is equally helpful to compare the CSIS Act with provisions in the IRPA.

[28] With that in mind, I agree with the *amicus* that the absence of prohibitive language such as is found in sections 38.13 and 39 of the CEA weighs in favour of a finding that a designated judge has jurisdiction to inquire into a section 18.1 CSIS Act privilege claim notwithstanding the CSIS Act's silence on the matter. However, as I will explain, further considerations prevent me from reaching that conclusion.

[29] For ease of reference, subsections 38.13(1), (8), 38.131(1), (8), (9) and 39(1) of the CEA are reproduced, in relevant part, below:

Certificate of Attorney General of Canada

38.13 (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be

[26] De plus, affirme l'*amicus*, le législateur sait trouver les mots nécessaires quand il entend retirer au juge le pouvoir de vérifier, de son propre chef, le fondement d'une revendication de privilège. Les articles 38.13 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC), constituent, à son avis, des exemples de la volonté clairement exprimée par le législateur de retirer au juge le pouvoir de rechercher le fondement d'une revendication de privilège. L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est pas ainsi formulé. Par conséquent, rien n'indique dans cette disposition que la revendication de privilège présentée par la procureure générale est censée être déterminante en l'absence d'une contestation.

[27] J'aimerais d'abord souligner qu'en l'espèce, il peut être utile de comparer l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS avec les autres dispositions régissant les revendications de privilège invoquées par l'État. [***] Il est également utile de comparer la Loi sur le SCRS avec les dispositions de la LIPR.

[28] Dans cette optique, j'abonde dans le sens de l'*amicus* : l'absence d'un texte prohibitif que l'on trouve dans les articles 38.13 et 39 de la LPC milite en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné a compétence de demander des précisions additionnelles concernant une revendication de privilège présentée en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, notwithstanding le mutisme de la Loi sur le SCRS sur ce point. Toutefois, comme je l'expliquerai, d'autres éléments écartent cette conclusion.

[29] Pour en faciliter la consultation, les extraits pertinents des paragraphes 38.13(1) et (8), 38.131(1), (8) et (9) et 39(1) de la LPC sont reproduits ci-dessous :

Certificat du procureur général du Canada

38.13 (1) La procureure générale du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute

subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

...

Restriction

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

...

Application for review of certificate

38.131 (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

...

Varying the Certificate

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

Cancelling the certificate

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

...

Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council

39 (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information

autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

[...]

Restriction

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

[...]

Demande de révision du certificat

38.131 (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

[...]

Modification du certificat

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

Révocation du certificat

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

[...]

Opposition relative à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada

39 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent

shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

[30] As can be seen from the above, subsection 38.13(1) and section 38.131 of the CEA, which allow the Attorney General to withhold disclosure of information by issuing a certificate, explicitly provide that the only mechanism to challenge such a certificate is an application by a party made pursuant to section 38.131. Subsection 38.131(8) provides a restriction on a designated judge's power to inquire further into the basis for a privilege claim, the tenor of which is not found anywhere in section 18.1 of the CSIS Act.

[31] Section 39, for its part, is even more extreme and prohibits any inquiry by a judge under any circumstances. It is clear that no such language appears in section 18.1 of the CSIS Act.

[32] As our Court has now twice noted, Parliament is presumed to know about these provisions and the mechanisms they create (*Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44 (*Almalki*), at paragraph 67; [***]). In interpreting section 18.1 of the CSIS Act, this Court must give effect to Parliament's choice not to use language similarly restrictive to that found in those provisions.

[33] As indicated above, although the foregoing analysis weighs in favour of a finding that the Federal Court has jurisdiction to issue an order such as the one under appeal, that is not the end of the matter. While the *amicus* has ably argued that the absence of prohibitive language in section 18.1 favours a finding that a designated judge does have jurisdiction, the Attorney General has submitted that the absence of permissive language favours the opposite conclusion. Indeed, she argues, Parliament uses words like "the judge may, on the judge's own motion", as found in paragraph 83(1)(c) of the IRPA, when it wishes to confer jurisdiction, such that the absence of such language in section 18.1 of the CSIS Act must be taken to mean that a designated judge lacks jurisdiction. Paragraph 83(1)(c) of the IRPA reads as follows:

par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

[30] Comme on peut le constater à la lecture des extraits qui précèdent, le paragraphe 38.13(1) et l'article 38.131 de la LPC, qui autorisent la procureure générale à interdire la communication de renseignements grâce à la délivrance d'un certificat, prévoient explicitement que la seule voie de recours contre un tel certificat est le dépôt d'une demande, conformément à l'article 38.131. Le paragraphe 38.131(8) restreint le pouvoir du juge désigné de demander plus de précisions sur le fondement d'une revendication de privilège, qu'on ne retrouve pas à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[31] L'article 39, pour sa part, va encore plus loin et empêche toute recherche de la part du juge, quelles que soient les circonstances. Il est clair que rien de tel n'apparaît à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[32] Comme notre Cour l'a maintenant souligné à deux reprises, le législateur est réputé connaître ces dispositions et les mécanismes qu'elles consacrent (*Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44 (*Almalki*), au paragraphe 67; [***]). Dans son interprétation de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, notre Cour doit concrétiser le choix du législateur de ne pas utiliser un texte aussi restrictif que celui de ces dispositions.

[33] Comme il est indiqué ci-dessus, même si l'analyse qui précède milite en faveur de la conclusion selon laquelle la Cour fédérale a compétence de rendre une ordonnance comme celle faisant l'objet du présent appel, cela ne règle cependant pas la question. Alors que l'*amicus* a habilement soutenu que l'absence d'un texte prohibitif à l'article 18.1 milite en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné est compétent, la procureure générale a soutenu que l'absence d'un texte permissif milite en faveur de la conclusion contraire. En fait, affirme-t-elle, le législateur utilise des mots comme « il [le juge] peut d'office », comme à l'alinéa 83(1)c) de la LIPR, quand il souhaite conférer une compétence, de telle sorte que l'absence de mots de ce genre à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS doit être interprétée

Protection of information

83 (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

[34] Therefore, comparing section 18.1 of the CSIS Act to similar provisions in the CEA and the IRPA is helpful, but not determinative. It is necessary to consider the circumstances in which section 18.1 of the CSIS Act was enacted to better ascertain Parliament's intention.

[35] Section 18.1 of the CSIS Act is a relatively new provision. It was enacted on April 23, 2015 by the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9. It is generally understood that the provision was enacted in response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), in which the majority of the Court held that common law police informer privilege did not extend to CSIS human sources (paragraph 80). The Court emphasized, however, that the IRPA—in that case, section 83 was at issue—would generally protect the identity of CSIS human sources from public disclosure (paragraph 83). In fact, contrary to the special advocates' submissions in that case, the Court held that the absence of a balancing approach to disclosure, such as the one found in section 38.06 of the CEA, did not render the IRPA scheme unconstitutional (paragraph 66).

comme signifiant que le juge désigné n'a pas compétence. L'alinéa 83(1)c) de la LIPR se lit comme suit :

Protection des renseignements

83 (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

[...]

c) il [le juge] peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

[34] Ainsi, il peut être utile, mais pas décisif, de comparer l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS à des dispositions similaires de la LPC et de la LIPR. Il convient de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS a été adopté pour mieux comprendre l'intention du législateur.

[35] L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS est une disposition relativement nouvelle. Il est entré en vigueur le 23 avril 2015 lors de l'adoption de la *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9. Il est généralement entendu que cette disposition a été adoptée à la suite d'une jurisprudence de la Cour suprême du Canada, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*) : la majorité de la Cour suprême a alors conclu que le privilège reconnu par la common law relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS (paragraphe 80). Toutefois, la Cour suprême a souligné que la LIPR (dans cette affaire, l'article 83 était en cause) doit en général protéger l'identité des sources humaines du SCRS contre toute divulgation au public (paragraphe 83). En fait, contrairement aux observations des avocats spéciaux dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que l'absence d'une approche de mise en balance en matière de la divulgation, semblable à celle qui est prévue à l'article 38.06 de la LPC, ne rendait pas inconstitutionnel le régime établi par la LIPR (paragraphe 66).

[36] Prior to the enactment of section 18.1, then, the issue of non-disclosure of CSIS human source information was dealt with under the provisions applicable to the underlying proceeding: section 83 of the IRPA for security certificates; section 87 of the IRPA for judicial review proceedings in immigration matters; and section 38 of the CEA for criminal and other proceedings. This Court in *Almalki* [at paragraph 60] had the following to say about the effect the enactment of section 18.1 of the CSIS Act would have on a proceeding involving section 38 of the CEA:

Thus, when one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA pursuant to which the question of the identity of sources and information tending to identify them was dealt with up until now.

[37] Indeed, section 18.1 was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA. As the Attorney General has pointed out, our Court noted in *Almalki* that the enactment of section 18.1 of the CSIS Act had the effect of precluding the Federal Court from assessing CSIS human source information within the framework of section 38 of the CEA (paragraphs 37 and 39). The Attorney General submits that section 18.1 would similarly preclude the Federal Court from dealing with CSIS human source information in a proceeding under section 87 of the IRPA. The *amicus* does not dispute that position (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 46).

[38] I also agree. A designated judge's jurisdiction to inquire further into the basis for privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act must be rooted in that Act. Hence, the plain text of section 18.1 does not provide a clear answer. Nor does comparing it with similar provisions dealing with the subject of evidentiary privileges claimed by the Crown.

[36] Ainsi, avant l'adoption de l'article 18.1, la question de la non-divulgence de renseignements sur les sources humaines du SCRS relevait des dispositions applicables à la procédure principale : l'article 83 de la LIPR pour les instances relatives aux certificats de sécurité; l'article 87 de la LIPR pour les contrôles judiciaires en matière d'immigration et l'article 38 de la LPC pour les instances criminelles et autres. Voici ce qu'avait à dire notre Cour dans l'arrêt *Almalki* [au paragraphe 60] concernant les conséquences qu'aurait l'adoption de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS sur une instance intéressant l'article 38 de la LPC :

Ainsi, lorsqu'on examine le contexte historique et l'évolution législative de l'article 38 de la LPC et de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l'application de l'article 38 de la LPC, qui régissait la question de l'identité des sources et des informations qui tendraient à découvrir leur identité jusqu'à présent.

[37] En fait, l'article 18.1 était conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC. Comme la procureure générale l'a souligné, notre Cour a indiqué dans l'arrêt *Almalki* que l'adoption de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS avait eu pour effet d'interdire à la Cour fédérale d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre de l'article 38 de la LPC (paragraphes 37 et 39). La procureure générale soutient que l'article 18.1 retirera de la même manière à la Cour fédérale d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre d'une instance relative à l'article 87 de la LIPR. L'*amicus* ne conteste pas cette position (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 46).

[38] J'abonde également dans ce sens. La compétence conférée au juge désigné lui permettant de demander des précisions additionnelles sur le fondement de revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS doit être puisée dans cette loi. Ainsi, le texte de l'article 18.1 n'offre pas une réponse claire. Pas plus que le fait de le comparer à d'autres dispositions similaires portant sur les privilèges en matière de preuve revendiqués par la Couronne.

[39] However, considering the context in which section 18.1 was enacted, I can only conclude that subsection 18.1(4) of the CSIS Act restricts a designated judge's ability to require evidence in support of a section 18.1 privilege claim where no application has been brought. In my view, this conclusion is consistent with Parliament's intention to impose stricter safeguards on human source information than is provided by either of the CEA or the IRPA.

[40] Although that conclusion is sufficient to dispose of this appeal, further commentary is warranted in the circumstances of this case.

[41] As mentioned earlier in relation to the background to this appeal, the order under review was issued by the designated Judge because he had serious concerns about the foundation for the privilege claims made by the Attorney General under section 18.1. The designated Judge was provided with the unredacted section 18.1 material, which seems to have now become the practice following the Federal Court's decision by Noël J. in *X (Re)* (2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391).

[42] The Attorney General has argued before us that the unredacted section 18.1 material was provided to the designated Judge only to provide the necessary context to decide the Minister's section 87 IRPA motion, and not to allow him to test the basis for the section 18.1 claims (reply memorandum of the Attorney General, at paragraph 23). With respect, that is unconvincing.

[43] Parliament cannot have intended to provide designated judges with information over which section 18.1 CSIS Act privilege is claimed, only to leave them powerless to inquire further if the basis for those privilege claims is not apparent on the face of the record (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 53). They must have the ability to do something when faced, as the designated Judge in this case was

[39] Toutefois, compte tenu du contexte dans lequel l'article 18.1 a été adopté, je ne peux que conclure que le paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée. À mon avis, cette conclusion est conforme à l'intention du législateur d'imposer des mesures de protection plus strictes concernant les informations sur les sources humaines que ce que prévoit la LPC ou la LIPR.

[40] Bien que cette conclusion soit suffisante pour trancher le présent appel, des observations plus circonstanciées sont justifiées dans les circonstances de l'espèce.

[41] Comme il a été dit plus haut relativement au contexte du présent appel, le juge désigné a rendu l'ordonnance faisant l'objet du présent appel parce qu'il avait de sérieux doutes sur le fondement des revendications de privilège présentées par la procureure générale en application de l'article 18.1. Le juge désigné avait à sa disposition les documents non caviardés, ce qui semble maintenant être devenu la façon de faire à la suite de la décision du juge Noël de la Cour fédérale rendue à l'occasion de l'affaire *X (Re)* (2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391).

[42] La procureure générale a soutenu devant nous que les documents non caviardés ont été remis au juge désigné uniquement pour donner le contexte nécessaire afin de lui permettre de trancher la requête présentée par le ministre en application de l'article 87 de la LIPR, et non pas afin de lui permettre de vérifier le fondement des revendications présentées en vertu de l'article 18.1 (mémoire en réplique de la procureure générale, au paragraphe 23). En toute déférence, cette thèse n'est pas convaincante.

[43] Le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre aux juges désignés d'avoir accès à des renseignements pour lesquels un privilège est revendiqué en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS uniquement pour les laisser dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement de ces revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 53).

faced, with a section 18.1 privilege claim that does not, at least on a *prima facie* basis, appear well-founded.

[44] The appropriate course of action in such a case is, in my view, to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims.

[45] Firstly, both the Attorney General and the *amicus* before our Court agreed that this was a possible course of action. Indeed, section 87.1 of the IRPA explicitly contemplates the appointment of a special advocate in relation to judicial review applications. The Attorney General and the *amicus* also agreed that a designated judge cannot quash the claim of privilege absent an application under subsection 18.1(4). Therefore, if the designated Judge was unsatisfied with the justification provided pursuant to the order under appeal, then the next step would have to be to appoint an *amicus* or a special advocate. In that respect, the Attorney General has suggested that there was no useful purpose to the order (memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraph 57). The *amicus*, for his part, submits that a designated judge should have jurisdiction to issue such an order to help decide whether it is necessary to appoint an *amicus* or special advocate, because that will avoid additional expenses and delays. I do not agree.

[46] Two competing considerations lead to the above conclusion. On the one hand, the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy which he or she refused to use, and some weight should be given to that choice. On the other hand, designated judges must retain some supervisory power over the government's claims of privilege and cannot be bound by a party's choice, which, as I will explain, may not even have been consciously made.

[47] These considerations have caused me to find that the appointment of an *amicus* or of a special advocate strikes the best balance between the need to give effect

Ils doivent avoir la possibilité de faire quelque chose lorsqu'ils sont saisis, comme le juge désigné en l'espèce l'a été, d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 qui ne semble pas, à première vue, bien fondée.

[44] À mon avis, la meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1.

[45] Premièrement, la procureure générale et l'*amicus* ont tous deux convenu devant notre Cour que ce plan d'action était envisageable. En fait, l'article 87.1 de la LIPR envisage explicitement la nomination d'un avocat spécial relativement aux demandes de contrôle judiciaire. La procureure générale et l'*amicus* ont également convenu que le juge désigné ne peut annuler la revendication de privilège en l'absence de demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4). Par conséquent, si le juge désigné n'était pas satisfait des motifs fournis conformément à l'ordonnance faisant l'objet du présent appel, l'étape suivante aurait été de nommer un *amicus* ou un avocat spécial. À cet égard, la procureure générale a indiqué que n'avait aucune utilité l'ordonnance (mémoire des faits et du droit de la procureure générale, au paragraphe 57). Pour sa part, l'*amicus* soutient que le juge désigné doit avoir compétence pour rendre une telle ordonnance, afin d'aider à décider s'il est nécessaire de nommer un *amicus* ou un avocat spécial, dans le but d'éviter les frais et les délais additionnels. Je ne suis pas de cet avis.

[46] Deux considérations concurrentes m'amènent à tirer cette conclusion. D'une part, un autre recours était ouvert à la partie à la procédure principale, qu'elle a refusé d'exercer, et un certain poids doit être accordé à ce choix. D'autre part, les juges désignés doivent conserver un certain pouvoir de supervision relativement aux revendications de privilège du gouvernement, et ils ne peuvent être liés par le choix d'une partie qui, comme je l'expliquerai, pourrait même ne pas avoir été fait consciemment.

[47] Ces considérations m'ont amené à conclure que la nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial assure le meilleur équilibre entre la nécessité de donner

to the statutory scheme as it is written, and the need for designated judges to maintain control over their own processes (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 58) and to fulfill their roles as “gatekeeper[s]” (see *Harkat*, at paragraph 46). Before expanding further on each of these considerations, I note in passing that, while section 87 of the IRPA incorporates by reference almost all the elements of section 83, it does not import the requirement to name a special advocate; that does not mean a designated judge cannot still choose to do so. As stated earlier, no *amicus* or special advocate appeared before the designated Judge during the section 87 hearing. It was only on appeal that an *amicus* was appointed by this Court.

[48] I now turn to the first consideration. The fact that the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy, and refused to avail himself of that remedy, must, in my view, carry some weight. The Attorney General agrees that, in all but the most exceptional cases, the party to the underlying proceeding will have notice of the fact that some information has been withheld pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. [***]. If a party who had knowledge of the privilege claims was entitled by statute to challenge them, and chose not to do so, the designated judge must give some import to that choice even if, in his or her own view, such a challenge would have been successful. As stated by [***] and also by the *amicus* (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 60), there might be many reasons why a party prefers not to challenge the Attorney General’s claim of privilege under section 18.1 of the CSIS Act. Moreover, empowering designated judges to test the foundation of section 18.1 privilege claims of their own motion in all cases would entice the underlying parties to abdicate their responsibility to take control of their own proceeding. Indeed, parties would have little incentive ever to institute a subsection 18.1(4) challenge if they knew they could entirely rely and depend on the designated judge to test the privilege claim on their behalf. I do not believe subsection 18.1(4) was drafted with such an intention.

effet au régime législatif tel qu’il est formulé et la nécessité pour les juges désignés de maintenir le contrôle de leurs propres processus (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 58) et de remplir leur rôle à titre de « gardien[s] » (voir *Harkat*, au paragraphe 46). Avant de m’étendre davantage sur chacune de ces considérations, je relève en passant qu’alors que l’article 87 de la LIPR intègre en y faisant référence presque tous les éléments de l’article 83, il n’inclut pas l’obligation de nommer un avocat spécial; cela ne signifie pas qu’un juge désigné ne pourrait pas quand même choisir de le faire. Comme il a été dit précédemment, nul *amicus* ou avocat spécial n’a comparu devant le juge désigné durant l’audience relative à l’article 87. Ce n’est que lors de l’appel que la Cour a nommé un *amicus*.

[48] Je discuterai maintenant la première considération. À mon avis, il faut accorder un certain poids au fait que la partie à la procédure principale disposait d’un recours prévu par la loi et a refusé de l’exercer. La procureure générale admet que sauf dans les cas les plus exceptionnels, la partie à la procédure principale est informée que certains renseignements ont été protégés conformément à l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. [***]. Si la partie qui avait connaissance des revendications de privilège était autorisée, par une loi, à les contester, et a choisi de ne pas le faire, le juge désigné doit accorder une certaine importance à ce choix même si à son avis, une telle contestation aurait pu être accueillie. Comme l’ont observé [***] et aussi l’*amicus* (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 60), il peut exister de nombreuses raisons expliquant pourquoi une partie préfère ne pas contester la revendication de privilège présentée par la procureure générale en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. En outre, autoriser dans tous les cas les juges désignés à vérifier de leur propre chef le fondement des revendications de privilège présentées en application de l’article 18.1 pourrait amener les parties aux procédures principales à renoncer à leur obligation de prendre le contrôle de leur déroulement. D’ailleurs, les parties seraient peu enclines à engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4) si elles savaient qu’elles pouvaient entièrement se fier au juge désigné pour vérifier la revendication de privilège en leur nom. Je ne crois pas que le paragraphe 18.1(4) ait été rédigé avec une telle intention.

[49] This, however, brings me to the second—and competing—consideration. Although a party’s choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge is to bear some weight, it should not be entirely dispositive. Indeed, a designated judge should not be strictly bound in all cases by a party’s choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge. A designated judge will generally not know why the party chose not to launch a subsection 18.1(4) challenge, or whether this choice was even a conscious one. In this case, the only notice given to the party of the fact that section 18.1 CSIS Act privilege claims were made was a brief mention of this fact in the cover letter to the CTR. Moreover, and as noted by the designated Judge, a party will often be in a difficult position to determine whether to bring a subsection 18.1(4) challenge, not knowing what the basis for such a challenge might be or even how much material is subject to section 18.1 privilege as opposed to another privilege. The fact that the individual in this case was represented by counsel in the underlying judicial review matter does not make the party’s position much easier. Counsel did not have access to that material, either.

[50] Given that the underlying party may not know how much information is subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, or where in the record such information is located, this Court suggested at the hearing that the Attorney General’s position would incentivize a party to bring a subsection 18.1(4) application in all cases. The Attorney General took no issue with that incentive, and argued that subsection 18.1(4) could provide effective redress in all cases—whether section 18.1 applied to only a few words, or whether it covered several pages in the record. She suggested that a subsection 18.1(4) application simply puts the Attorney General to the strict proof of the basis for the section 18.1 privilege claims. This suggestion was based on the presumption that only the designated judge would have access to the unredacted section 18.1 information—not even the *amicus* or special advocate would have access to it.

[49] Toutefois, cela m’amène à la seconde considération, concurrente. Même s’il faut accorder un certain poids au choix que fait la partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ce choix ne doit pas trancher l’affaire de manière définitive. En effet, le juge désigné ne doit pas, dans tous les cas, être strictement lié par le choix d’une partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). En règle générale, le juge désigné ne sait pas pourquoi la partie a choisi de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ou si ce choix était même un choix conscient. En l’espèce, le seul avis donné à la partie concernant le fait que des revendications de privilège ont été présentées en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS se résumait à une brève mention de ce fait dans la lettre de présentation du DCT. De plus, comme l’a souligné le juge désigné, la partie est souvent mal placée pour décider s’il faut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ne sachant pas quel pourrait être le motif d’une telle contestation ou même quels renseignements sont visés par le privilège invoqué en application de l’article 18.1, comparativement à tout autre privilège. Le fait que l’intéressé en l’espèce était représenté par un avocat dans la procédure de contrôle judiciaire principale ne rend pas sa position plus facile. L’avocat n’avait pas accès à ces renseignements lui non plus.

[50] Étant donné que la partie à la procédure principale pourrait ne pas savoir combien de renseignements sont visés par le privilège consacré par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, ou précisément [où] se trouvent ces renseignements dans le dossier, notre Cour a signalé à l’audience que la position de la procureure générale inciterait la partie à présenter une demande au titre du paragraphe 18.1(4) dans tous les cas. La procureure générale n’a pas discuté cette idée, et a soutenu que le paragraphe 18.1(4) pourrait assurer un recours efficace dans tous les cas — que le privilège consacré par l’article 18.1 ne vise que quelques mots seulement, ou couvre des pages entières du dossier. Elle a soutenu que la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) force simplement la procureure générale à rapporter la preuve du fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l’article 18.1. Cette thèse reposait sur la présomption que seul le juge désigné aurait accès aux renseignements non caviardés, et que même l’*amicus* ou l’avocat spécial n’y aurait pas accès.

[51] I cannot accept that view. I do not believe Parliament intended to require designated judges to allow overreaching privilege claims to pass them by simply because the underlying party did not challenge them. I maintain this belief no matter how easy it may be for a party to bring a statutory challenge. As stated above, however, the recourse must be rooted in the statute.

[52] The *amicus* submits that nothing in section 18.1 of the CSIS Act relieves CSIS of the burden of establishing a *prima facie* basis of a privilege claim made thereunder. In my view, that is a step too far. Indeed, section 18.1 of the CSIS Act is more restrictive than section 38 of the CEA or section 87 of the IRPA, precisely because section 18.1 does not place the burden on the state to justify the privilege. That is one of the most salient differences between section 18.1 of the CSIS Act and the other provisions. I do not believe, however, that this removal of the onus means that the hands of a designated judge are completely tied when a party—for some unknown reason—neglects to put the Attorney General to the strict proof of the foundation for the privilege by invoking subsection 18.1(4).

[53] Likewise, I do not accept the view that only the designated judge can have access to the unredacted section 18.1 information. The purpose of appointing an *amicus* or a special advocate is so that the designated judge may benefit from a different perspective than that of the government. It logically follows that this will require them to have access to the unredacted section 18.1 CSIS Act material.

[54] If the *amicus* or special advocate views the section 18.1 material and concludes that it is properly subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, then he or she will decline to bring an application pursuant to subsection 18.1(4). The designated judge will not have jurisdiction to require further evidence of the basis for the privilege, notwithstanding that he or she may still believe it is ill-founded. Presumably these cases will be rare. If they arise, however, the underlying party's right to full and fair disclosure has been given as much effect

[51] Je ne peux retenir ce point de vue. Je ne crois pas que le législateur ait eu l'intention de demander aux juges désignés de regarder passer des revendications de privilège démesurées sans intervenir, simplement parce que la partie à la procédure principale ne les a pas contestées. Je maintiens ce point de vue, peu importe avec quelle facilité la partie pourrait engager une contestation en vertu d'une loi. Toutefois, comme il est dit plus haut, le recours doit être inscrit dans la loi.

[52] L'*amicus* soutient que rien dans l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne libère le SCRS du fardeau d'établir le fondement à première vue d'une revendication de privilège présentée en application de cette loi. À mon avis, il va un peu trop loin. Certes, l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS est plus restrictif que l'article 38 de la LPC ou l'article 87 de la LIPR, précisément parce que l'article 18.1 n'impose pas à l'État le fardeau de justifier le privilège. C'est là une des différences les plus importantes entre l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et les autres dispositions. Toutefois, je ne crois pas que cela signifie que le juge désigné a les mains complètement liées quand la partie, pour une raison inconnue, néglige de demander à la procureure générale d'établir le fondement du privilège revendiqué en invoquant le paragraphe 18.1(4).

[53] De la même manière, je rejette l'idée que seul le juge désigné peut avoir accès aux renseignements non caviardés. La nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial a pour but de permettre au juge désigné de profiter d'un point de vue différent de celui du gouvernement. Il s'ensuit en toute logique qu'ils devront pour cela avoir accès aux documents non caviardés.

[54] Si l'*amicus* ou l'avocat spécial prend connaissance des renseignements protégés aux termes de l'article 18.1 et conclut qu'ils sont bien visés par le privilège consacré par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il pourra ensuite décider de ne pas déposer de demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné n'aura pas la compétence d'exiger d'autres éléments de preuve du fondement de la revendication de privilège, même s'il pense toujours qu'elle est mal fondée. Je suppose que des cas comme celui-là seront rares. S'ils se présentent toutefois, le droit

as possible within the limits of the statute. The party declined to challenge the privilege, and a second person appointed to consider whether the privilege should be challenged also so declined.

[55] If, on the other hand, the *amicus* or special advocate views the information and believes the privilege claims to be ill-founded, then he or she can institute a subsection 18.1(4) challenge. The designated judge will have full jurisdiction to inquire further into the basis for the claims. This will mean that the designated judge can issue an order such as the one under appeal. The Attorney General may even provide justification of her own motion in response to the subsection 18.1(4) application. If the designated judge is unsatisfied with the evidentiary justification provided, then he or she can issue one of the orders in paragraphs 18.1(4)(a) or (b).

[56] The *amicus* put forth the argument that this mechanism is unduly cumbersome. Indeed, the *amicus* argues, there would be no need to appoint an *amici* and special advocates if the designated judge was satisfied on the basis of the evidence that such appointments were unnecessary (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 63). That is what happened in the case at bar: an affidavit was provided to the designated Judge and he was satisfied.

[57] There are three short responses to this concern. First, while a less cumbersome framework will generally be preferable, it remains that whatever framework is chosen must be authorized by the statute. Second, the appointment of an *amicus* or of a special advocate in cases such as the one at bar gives some meaning to the fact that no subsection 18.1(4) application was brought by a party or a listed person in respect of the underlying proceeding. Third, it ensures that the designated judge benefits from a perspective opposite that of the government, thus keeping the designated judge in a more adjudicative, rather than inquisitorial role.

de la partie à la procédure principale à une divulgation complète et juste a été protégé le plus possible dans les limites prescrites par la loi. La partie a refusé de contester le privilège, et une seconde personne nommée et chargée de vérifier si le privilège devait être contesté a également refusé de le contester.

[55] Si, par contre, l'*amicus* ou l'avocat spécial prend connaissance des renseignements et pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné a pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications. Cela signifie que le juge désigné peut rendre une ordonnance comme celle qui fait l'objet du présent appel. La procureure générale peut même, de son propre chef, produire une justification en réponse à la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4). Si le juge désigné n'est pas satisfait de la justification fournie, il peut alors rendre l'une des ordonnances prévues aux alinéas 18.1(4)a) ou b).

[56] L'*amicus* a avancé la thèse portant que ce mécanisme est indûment fastidieux. D'ailleurs, selon l'*amicus*, il n'y aurait pas lieu de nommer un *amici* et des avocats spéciaux si le juge désigné était convaincu par les preuves que de telles nominations n'étaient pas nécessaires (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 63). Voilà ce qui est arrivé en l'espèce : un affidavit a été remis au juge désigné et il en a été satisfait.

[57] Trois réponses brèves sont possibles à cette question. D'abord, même si un cadre moins lourd est en général préférable, il n'en reste pas moins que, peu importe le cadre retenu, il doit être autorisé par la loi. Deuxièmement, la nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial dans des cas comme celui qui nous occupe donne un certain sens au fait que nulle demande au titre du paragraphe 18.1(4) n'a été présentée par une partie ou une des personnes énumérées relativement à la procédure principale. Troisièmement, elle permet de s'assurer que le juge désigné bénéficie d'un point de vue opposé à celui du gouvernement, lui permettant ainsi d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire.

[58] The above analysis has dealt with situations in which a designated judge has access to unredacted information subject to privilege under section 18.1 of the CSIS Act and has concerns that the privilege is not properly claimed. Two other possibilities exist. The designated judge may view the information and be satisfied that the privilege applies. Likewise, the designated judge may never come across the information at all. I shall address each of these possibilities.

[59] If a designated judge views the information as subject to privilege under section 18.1 of the CSIS Act and has no concerns about the appropriateness of the privilege claim, then, in my view, the matter will end there. The underlying party had access to a statutory remedy and did not invoke it. Further, if a designated judge agrees that the privilege claim does apply then he has no obligation to appoint an *amicus* or a special advocate. The *amicus* has raised this very argument, and I am in agreement (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 52).

[60] It is possible, too, that no designated judge will ever become privy to the information. Indeed, at the hearing before our Court, a question arose as to what would happen if the section 18.1 CSIS Act privilege claims were made before a “court, person or body with jurisdiction to compel the production of information” other than a designated judge of the Federal Court (see subsection 18.1(2)). No designated judge would come across the information.

[61] Upon reflection, it would appear that such instances will be rare. Any information besides CSIS human source information which the Attorney General seeks to withhold based on national security concerns will have to be dealt with under the CEA or the IRPA. Thus, unless the only privilege she claims is under section 18.1 of the CSIS Act, she will find herself before a designated judge of the Federal Court.

[62] Should such an instance arise, however, the “court, person or body” will not have viewed the unredacted section 18.1 material. They will be in no better position

[58] L’analyse qui précède a porté sur les cas où le juge désigné a accès à des renseignements non caviardés visés par le privilège prévu par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS et a des doutes sur le bien-fondé de la revendication de privilège. Deux autres possibilités existent. Le juge désigné peut prendre connaissance des renseignements et être convaincu que le privilège joue. De la même façon, le juge désigné peut ne jamais prendre connaissance des renseignements. Je dois discuter chacune de ces possibilités.

[59] Si le juge désigné est d’avis que les renseignements sont visés par le privilège prévu par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS et n’a aucun doute quant au bien-fondé de la revendication de privilège, l’affaire se termine là, à mon avis. La partie à la procédure principale disposait d’un recours légal et ne l’a pas exercé. En outre, si le juge désigné admet que la revendication de privilège joue, il n’est alors pas tenu de nommer un *amicus* ou un avocat spécial. L’*amicus* a soulevé cet argument, et j’abonde dans son sens (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 52).

[60] Il est possible également que nul juge désigné ne prenne jamais connaissance des renseignements. D’ailleurs, à l’audience devant notre Cour, une question a été soulevée quant à savoir ce qui arriverait si les revendications de privilège au titre de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS étaient présentées « devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d’informations » autre qu’un juge désigné de la Cour fédérale (voir paragraphe 18.1(2)). Nul juge désigné n’aurait accès aux renseignements.

[61] Après réflexion, il semble que de tels cas seraient rares. Tout renseignement, mis à part les renseignements relatifs aux sources humaines du SCRS que la procureure générale cherche à protéger pour des motifs de sécurité nationale, devra être assujéti à la LPC ou à la LIPR. Ainsi, à moins que le seul privilège qu’elle invoque soit celui de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, elle se retrouvera devant un juge désigné de la Cour fédérale.

[62] Toutefois, si un tel cas devait se produire « [le] tribunal, [l’]organisme ou [la] personne » n’aura pas lu les renseignements non caviardés. Ils ne seront pas en

than the underlying party to know whether the privilege is properly claimed; nor will they have any basis on which to decide whether to appoint an *amicus* or a special advocate for the purposes of challenging the privilege under subsection 18.1(4). While each case will have to be decided on its own merits, I would suggest that in such an instance the underlying party will need to be more vigilant in terms of deciding whether to bring an application under subsection 18.1(4) of the CSIS Act, since otherwise the redacted information will never come before a designated judge.

[63] [***] I would think it imprudent to task a court, tribunal or body which has not seen the unredacted section 18.1 information with appointing an *amicus* or a special advocate to challenge the privilege claims over that information.

[64] Finally, I will comment only briefly on implied jurisdiction and plenary powers. With respect to implied jurisdiction, the Attorney General argues that the test is stringent: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626. The fact that the designated Judge thought it desirable to test the basis of the section 18.1 privilege claims is not sufficient to found jurisdiction. The *amicus*, for his part, had argued that overbroad section 18.1 claims constitute an abuse of process, which a designated judge has plenary powers to address.

[65] As stated at the outset, regard should first be given to the principles of statutory interpretation. The Attorney General herself has submitted that the existence of plenary powers should be assessed in accordance with the principles of statutory interpretation (memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraph 67, citing *Canada Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, at paragraph 19, appeal allowed on other grounds: 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617). The *amicus* in oral arguments also agreed that the principal exercise required of this Court was one of statutory interpretation. With this in mind, I do not find that the arguments respecting either implied jurisdiction

position meilleure que celle de la partie à la procédure principale pour savoir si le privilège est correctement revendiqué; ils ne disposeront non plus d'éléments pour décider s'il faut nommer un *amicus* ou un avocat spécial dans le but de contester le privilège au titre du paragraphe 18.1(4). Même si chaque affaire devra être tranchée en fonction de ses propres mérites, je dirais que dans un tel cas, la partie à la procédure principale devra être plus vigilante quant à sa décision de présenter ou non une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS, puisque sinon les renseignements caviardés ne seront jamais présentés à un juge désigné.

[63] [***] Je trouverais imprudent de charger une cour, un tribunal ou un organisme qui n'a pas lu les renseignements non caviardés de nommer un *amicus* ou un avocat spécial pour contester les revendications de privilège concernant ces renseignements.

[64] Enfin, je ferai quelques remarques brèves sur la compétence implicite et les pouvoirs absolus. En ce qui a trait à la compétence implicite, la procureure générale soutient que le critère est rigoureux : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626. Le fait que le juge désigné ait pensé qu'il était souhaitable de vérifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 ne suffit pas pour lui conférer la compétence. Pour sa part, l'*amicus* a soutenu que les revendications exagérées présentées en application de l'article 18.1 constituent un abus de procédure, pour lequel le juge désigné dispose de pouvoirs absolus.

[65] Comme on l'a observé au départ, il faut d'abord accorder l'attention aux principes relatifs à l'interprétation des lois. La procureure générale a elle-même soutenu que l'existence de pouvoirs absolus doit être évaluée conformément aux principes d'interprétation des lois (mémoire des faits et du droit de la procureure générale, au paragraphe 67, citant *Canadian Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, au paragraphe 19, appel accueilli pour d'autres motifs : 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617). Dans ses observations présentées de vive voix, l'*amicus* a également admis que la principale mission confiée à la Cour en était une d'interprétation des lois. En gardant cela à l'esprit, je

or plenary powers would cause me to reach a different conclusion from that at which I have arrived following the foregoing analysis. Accordingly, there is no need to expand on that matter.

IV. Disposition

[66] For these reasons, I would allow the appeal. The Attorney General having complied in full with the designated Judge's order, the appropriate remedy is to declare that the order was made in excess of jurisdiction.

[67] These public reasons were first released on a classified basis on August 31, 2018 to ensure compliance with national security requirements prior to public release.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

ne peux conclure que les arguments concernant la compétence implicite ou les pouvoirs absolus m'amèneraient à tirer une conclusion différente de celle que j'ai tirée après mon analyse. Par conséquent, il n'y a aucune raison de s'étendre sur la question.

IV. Conclusion

[66] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel. La procureure générale s'étant conformée en totalité à l'ordonnance du juge désigné, le recours approprié est de déclarer que l'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence.

[67] Ces motifs publics ont d'abord été publiés en version classifiée le 31 août 2018 afin d'assurer le respect des exigences en matière de sécurité nationale avant d'être rendus publics.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.