

Cour d'appel
fédérale



Federal Court
of Appeal

Date : 20110613

Dossier : A-428-10

Référence : 2011 CAF 199

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLAIS
LE JUGE LÉTOURNEAU
LA JUGE TRUDEL**

ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

appelant

et

**ABDULLAH ALMALKI, KHUZAIMAH KALIFAH,
ADBULRAHMAN ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, SAJEDA ALMALKI, représentée par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, MUAZ ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, ZAKARIYY A ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, NADIM ALMALKI, FATIMA ALMALKI, AHMAD
ABOU-ELMAATI, BADR ABOUELMAATI, SAMIRA AL-SHALLASH, RASHA
ABOU-ELMAATI, MUAYYED NUREDDIN, ABDUL JABBAR NUREDDIN,
FADILA SIDDIQU, MOFAK NUREDDIN, AYDIN NUREDDIN, YASHAR NUREDDIN,
AHMED NUREDDIN, SARAB NUREDDIN, BYDA NUREDDIN**

intimés

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 31 mai 2011

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 13 juin 2011

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE LÉTOURNEAU

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE EN CHEF BLAIS
LA JUGE TRUDEL**



Date : 20110613

Dossier : A-428-10

Référence : 2011 CAF 199

**CORAM : LE JUGE EN CHEF BLAIS
LE JUGE LÉTOURNEAU
LA JUGE TRUDEL**

ENTRE :

PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

appelant

et

**ABDULLAH ALMALKI, KHUZAIMAH KALIFAH,
ADBULRAHMAN ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, SAJEDA ALMALKI, représentée par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, MUAZ ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, ZAKARIYY A ALMALKI, représenté par son tuteur à l'instance,
Khuzaimah Kalifah, NADIM ALMALKI, FATIMA ALMALKI, AHMAD
ABOU-ELMAATI, BADR ABOUELMAATI, SAMIRA AL-SHALLASH, RASHA
ABOU-ELMAATI, MUAYYED NUREDDIN, ABDUL JABBAR NUREDDIN,
FADILA SIDDIQU, MOFAK NUREDDIN, AYDIN NUREDDIN, YASHAR NUREDDIN,
AHMED NUREDDIN, SARAB NUREDDIN, BYDA NUREDDIN**

intimés

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE LÉTOURNEAU

Les questions soulevées en appel

[1] Le procureur général du Canada (l'appelant) interjette appel de la décision que le juge désigné de la Cour fédérale (le juge) a rendue relativement à la divulgation de renseignements

sensibles et de renseignements potentiellement préjudiciables au sens de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (la Loi).

[2] L'appelant conteste certains éléments de la décision du juge concernant la divulgation de documents et il requiert, à l'égard de certains de ces documents, une ordonnance confirmant l'interdiction de les divulguer prévue au paragraphe 38.06(3) de la Loi. Pour ce qui est des autres documents, il demande que l'ordonnance de divulgation soit modifiée de façon à limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales en application du paragraphe 38.06(2).

[3] L'appel soulève les questions suivantes :

- a) la question de la norme de contrôle applicable;
- b) la question de savoir si le juge a commis une erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) le privilège de common law relatif aux indicateurs de police;
- c) la question de savoir si le juge a mal appliqué la règle dite « des tiers » lorsqu'il a ordonné la divulgation de certains renseignements émanant de partenaires étrangers.

Les dispositions législatives pertinentes

[4] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites ci-dessous pour permettre une meilleure compréhension du processus en cause :

38. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

« instance » “proceeding”
« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » “judge”
« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l'article 38.04.

« participant » “participant”
« participant » Personne qui, dans le cadre d'une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » “prosecutor”
« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d'une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d'une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la Loi sur la défense nationale.

38. The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

“judge” « juge »
“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

“participant” participant »
“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.

“potentially injurious information”
« renseignements potentiellement préjudiciables »
“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“proceeding” « instance »
“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

“prosecutor” « poursuivant »
“prosecutor” means an agent of the

« renseignements potentiellement préjudiciables » “potentially injurious information”

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » “sensitive information”

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

Avis au procureur général du Canada

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

Au cours d'une instance

(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des

Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the National Defence Act or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.

“sensitive information”

« renseignements sensibles » “sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

Notice to Attorney General of Canada

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

During a proceeding

(2) Every participant who believes that sensitive information or

renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

Avis par un fonctionnaire

(3) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.

Au cours d'une instance

(4) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non

potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

Notice of disclosure from official

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

During a proceeding

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person

l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

Instances militaires

Military proceedings

(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(5) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

Exception

Exception

(6) Le présent article ne s'applique pas :

(6) This section does not apply when

a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;

(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;

b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution

(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the

fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

government institution in which it was first received; or

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.

Exception

Exception

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).

Annexe

Schedule

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.

(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.

Interdiction de divulgation

Disclosure prohibited

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

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

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

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

b) le fait qu'un avis est donné au

(b) the fact that notice is given to the

procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

Entités

Entities

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

Exceptions

Exceptions

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing

l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

Version précédente

Autorisation de divulgation par le procureur général du Canada

38.03 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.

Instances militaires

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.

Notification

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa

under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

Previous Version

Authorization by Attorney General of Canada

38.03 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).

Military proceedings

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.

Notice

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided

décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

Accord de divulgation

Disclosure agreement

38.031 (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)*b*) à *d*), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)*c*), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

38.031 (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)*b*) to *d*) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)*c*), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

Exclusion de la demande à la Cour fédérale

No application to Federal Court

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)*c*) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court under paragraph 38.04(2)*c*) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).

Demande à la Cour fédérale : procureur général du Canada

Application to Federal Court — Attorney General of Canada

38.04 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une

38.04 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the

ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

Demande à la Cour fédérale : dispositions générales

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

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

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

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

disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

Application to Federal Court — general

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

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

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

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

Notification du procureur général

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

Dossier du tribunal

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

Procédure

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

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

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

Notice to Attorney General of Canada

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

Court records

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

Procedure

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

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

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

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :
(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,
(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,
(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

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

Accord de divulgation

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

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

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

Fin de l'examen judiciaire

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall
(i) determine who should be given notice of the hearing,
(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and
(iii) determine the content and form of the notice; and

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

Disclosure agreement

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

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

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

Termination of Court consideration, hearing, review or appeal

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

Rapport sur l'instance

38.05 Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.

Ordonnance de divulgation

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

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

Report relating to proceedings

38.05 If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.

Disclosure order

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

Divulgence modifiée

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

Confirmation de l'interdiction

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

Preuve

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

Admissibilité en preuve

Disclosure order

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

Order confirming prohibition

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

Evidence

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

Introduction into evidence

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

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

Facteurs pertinents

Relevant factors

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

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

Avis de la décision

Notice of order

38.07 Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

38.07 The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.

Examen automatique

Automatic review

38.08 Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de

38.08 If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the

l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

Appel à la Cour d'appel fédérale

Appeal to Federal Court of Appeal

38.09 (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

38.09 (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

Délai

Limitation period for appeal

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

Analyse de la décision du juge et des prétentions des parties

a) La norme de contrôle

[5] La question de la norme de contrôle applicable à la décision d'un juge désigné en matière de demande de divulgation fondée sur l'article 38 de la Loi a été examinée dans *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, autorisation d'appel à la CSC refusée le 22 octobre 2003.

[6] Notre Cour a conclu, au paragraphe 36 des motifs de cet arrêt, que les décisions se rapportant à l'étendue du pouvoir de rendre des ordonnances de divulgation s'examinent en

fonction de la norme de la décision correcte. De telles décisions faisant intervenir l'interprétation de dispositions législatives octroyant un pouvoir et la définition des conditions d'exercice du pouvoir conféré, les erreurs de compréhension et d'interprétation relèvent de questions de droit qui peuvent normalement être aisément isolées des faits.

[7] Toutefois, lorsqu'il s'agit d'appliquer aux faits un pouvoir de divulgation correctement interprété, une norme de contrôle différente s'applique puisque la question en cause est une question mixte de fait et de droit. La décision qui en résulte, suivant l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, donne lieu à l'application de la norme plus déférente exigeant une « erreur manifeste et dominante », laquelle préside également à l'examen des questions de fait.

[8] Il y a erreur palpable et dominante lorsque le juge a « tenu compte de facteurs non pertinents, omis des facteurs qu'il aurait dû considérer ou apprécié les facteurs pertinents de façon déraisonnable » : voir *Canada c. Furukawa*, [2001] 1 CTC 39, au paragraphe 35 (CAF).

[9] C'est en fonction de ces normes que la décision du juge sera examinée en l'espèce.

b) Le juge a-t-il commis une erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège de common law relatif aux indicateurs de police?

[10] Selon les avocates de l'appelant, le juge aurait dû donner effet à ce privilège, et il a erré en appliquant le critère formulé dans *Ribic* et en soupesant les raisons d'intérêt public en jeu.

Elles prétendent qu'il faut statuer d'abord sur la question du privilège. Cet argument soulève la question de l'interrelation entre un privilège et le critère de l'arrêt *Ribic*.

[11] Le critère formulé dans l'arrêt *Ribic*, précité, a trois volets. Le juge doit d'abord établir si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents pour l'instance dans laquelle on veut les utiliser. Il incombe à celui qui demande la divulgation de démontrer que, selon toute probabilité, ces éléments de preuve sont pertinents.

[12] S'il est satisfait au volet de la pertinence, le juge évalue ensuite si la divulgation pourrait porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. C'est la Couronne qui doit prouver le préjudice qui pourrait découler d'une ordonnance de divulgation.

[13] Enfin, si le juge estime que la divulgation de renseignements sensibles serait préjudiciable, il doit passer au dernier volet du critère et déterminer si l'intérêt public afférent à la divulgation l'emporte sur l'intérêt public qu'il y a à ne pas divulguer. C'est à la partie qui demande la divulgation qu'il incombe de prouver que la balance de l'intérêt public penche du côté de la divulgation.

[14] J'aborderai d'abord la question de l'application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police, puis j'examinerai l'interrelation entre un privilège et le critère de l'arrêt *Ribic*.

[15] Il est juste de dire que le privilège relatif aux indicateurs de police revêt des caractéristiques qui lui sont propres à plusieurs égards. Contrairement au privilège de la Couronne, c'est un privilège absolu, au sens où il ne saurait être mis en balance avec d'autres intérêts : voir *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, aux pages 291 et 292. Son application « ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge » (p. 93) : *ibidem*, citant *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la page 90. Seule l'exception relative à la démonstration de l'innocence lui est opposable, laquelle intervient lorsque la divulgation de l'identité de l'indicateur est nécessaire pour établir l'innocence de l'accusé : *ibidem*, page 295.

[16] Le privilège relatif aux indicateurs de police appartient à la catégorie des privilèges génériques (p. ex. le secret professionnel de l'avocat) par opposition aux privilèges reconnus au cas par cas. Il existe très peu de privilèges génériques en droit : *R. c. National Post*, [2010] 1 R.C.S. 477, page 509.

[17] Dans l'arrêt *National Post*, le juge Binnie s'est exprimé ainsi, aux pages 508-509, au sujet de la nature et de l'importance du privilège générique et des conséquences découlant du caractère générique :

Dans le cas d'un privilège générique, l'important n'est pas tant le contenu de la communication que la protection du genre de relation. En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances. Le privilège générique déroge nécessairement à la recherche judiciaire de la vérité et ne dépend pas des faits de l'espèce. Suivant la jurisprudence, sans cette confidentialité générale, il

serait impossible de donner au client de l'avocat ou à l'indicateur de police la garantie nécessaire pour qu'il puisse faire ce que l'administration de la justice exige de lui.

[Je souligne.]

[18] En tant que privilège générique, le privilège relatif aux indicateurs de police protège la relation existant entre l'indicateur et l'agent de la paix; il fait partie des outils de la police que les tribunaux ont jugé nécessaires à l'application du droit criminel. Dans *Bisaillon*, précité, le juge Beetz a écrit, à la page 105 :

Le principe confère en effet à l'agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d'exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel.

La common law n'a pas conféré cette faculté à l'agent de la paix parce qu'elle pouvait lui être simplement utile, mais parce qu'elle a jugé, dans son empirisme, que la faculté lui est nécessaire.

[...]

Ce pouvoir de donner l'assurance du secret fait partie de l'ensemble des moyens que le droit criminel met à la disposition de l'agent de la paix, tels le pouvoir d'arrestation sans mandat et le pouvoir de perquisition et de saisie prévus aux art. 450 et 443 et suiv. du Code criminel; il participe à la nature de ces moyens et, comme eux, il est intimement relié au statut de l'agent de la paix.

[Je souligne.]

[19] Dans l'arrêt *National Post*, le juge Binnie a passé en revue certaines des difficultés que poserait l'octroi d'un privilège générique aux sources journalistiques : l'immense diversité et le niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui recueillent et publient de l'information censément obtenue de sources secrètes, l'étendue des

droits et immunités respectifs dont jouissent les journalistes et les sources à qui la confidentialité est promise, l'absence de critère pratique permettant de définir les circonstances entraînant la création ou la perte de l'immunité revendiquée : *National Post, ibidem*, paragraphes 43 à 45.

[20] Tous ces facteurs énumérés par le juge Binnie entrent ici en ligne de compte pour juger de l'application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police. Les employés du SCRS ne sont pas des agents de la paix et ils appartiennent à diverses catégories d'employés au sein du service. Qui est ou, plus précisément, qui devrait être habilité à accorder une immunité? À qui l'immunité devrait-elle être accordée? À quiconque la demande? Autrement dit, qui devrait être couvert par le privilège générique?

[21] La question des conditions devant présider à l'octroi de l'immunité est elle aussi problématique. Quelles sont-elles? Qui devrait les établir? Et, comme le juge Binnie se l'est demandé dans l'arrêt *National Post*, quels sont les droits et immunités respectifs dont jouissent les employés du SCRS et les sources auxquelles la confidentialité a été promise?

[22] Quand y a-t-il lieu d'accorder l'immunité? Pour tout renseignement, du moment que la source demande l'immunité? En l'espèce, le juge a tiré la conclusion de fait selon laquelle la méthode suivie par le SCRS est trop large, car celui-ci a tendance « à considérer comme une source confidentielle pratiquement chaque personne qui lui fournit des renseignements, que la source s'attende ou non réellement à ce qu'on respecte la confidentialité de ces renseignements, que la source soit exposée ou non à un risque de subir un préjudice, ou qu'il soit probable ou non

que ces renseignements soient communiqués sans ces assurances » : voir les motifs du jugement, au paragraphe 169.

[23] Comment faudrait-il que la protection soit octroyée? Expressément, implicitement, verbalement, par écrit? La forme retenue peut avoir son importance lorsqu'il faut déterminer la portée des droits et obligations des parties ainsi que l'étendue de l'immunité. On sait qu'en droit criminel l'octroi sans formalisme d'une immunité à des indicateurs a donné lieu à des débats acrimonieux en cour. Aux États-Unis et dans la province de Québec, par exemple, l'octroi d'une immunité obéit souvent à des règles de forme; les parties concluent un contrat écrit exécutoire décrivant leurs droits et obligations respectifs.

[24] Enfin, le passage suivant des motifs du juge Binnie est pertinent en l'espèce, en particulier dans le contexte de l'article 38 de la Loi :

[46] Quatrièmement, bien qu'un privilège, quel qu'il soit, ait pour effet de nuire à la recherche de la vérité, et de créer de ce fait un risque d'injustice pour les personnes dont l'intérêt est opposé à l'intérêt de celui qui l'invoque, un privilège générique est plus rigide qu'un privilège reconnu au cas par cas. Il n'est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l'adapter aux circonstances.

[Je souligne.]

[25] En fait, l'article 38 met en place un système de mise en balance en application duquel un tribunal peut, comme nous l'avons vu, ordonner la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables s'il estime que l'intérêt public qu'il y a à divulguer l'emporte sur l'intérêt public militant contre la divulgation. Autrement dit, le système élaboré par le législateur,

relativement aux renseignements touchant les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales, ne garantit pas une confidentialité absolue, contrairement au privilège relatif aux indicateurs de police qui, lui, produit ce résultat du fait qu'il s'agit d'un privilège générique.

[26] Je suis respectueusement d'avis qu'il irait à l'encontre de l'article 38 de la Loi et de l'intention expressément exprimée par le législateur d'accéder à la demande de la Couronne d'appliquer aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police. On a fait valoir que l'article 18 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, démontrait l'intention du législateur de protéger l'identité des sources humaines. Au paragraphe 30 des motifs qu'il a formulés dans *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370 (actuellement en appel devant notre Cour), le juge Noël, de la Cour fédérale, a déclaré en se reportant à l'article 18 que « [l]e législateur s'est lui-même exprimé sur l'importance de protéger les sources humaines et les agents secrets ».

[27] Voici le texte des articles 18 et 19 :

Infraction

18. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de

Offence to disclose identity

18. (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the participation by that person in the administration or enforcement of this Act and

découvrir l'identité :

a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;

b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.

Exceptions

(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)*a*) à *d*).

Infraction

(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.

Autorisation de

from which the identity of

(a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or

(b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service

can be inferred.

Exceptions

(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)*(a)* to *(d)*.

Offence

(3) Every one who contravenes subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Authorized disclosure of

communication

19. (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.

Idem

(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :

a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province où des poursuites peuvent être intentées à l'égard de cette infraction;

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires

information

19. (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.

Idem

(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,

(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the

internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

c) lorsqu'elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l'administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d'intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

Rapport au comité de surveillance

Report to Review Committee

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l'alinéa (2)*d)*, le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)*(d)* is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

[28] Suivant l'article 18, la divulgation des renseignements visés par cette disposition constitue une infraction à moins qu'elle ne soit autorisée conformément au paragraphe 18(2) et à l'article 19. Cette disposition n'institue pas une interdiction absolue de divulguer comme le fait

le privilège relatif aux indicateurs de police. En effet, le paragraphe 18(2) permet la divulgation des renseignements « si une autre règle de droit l'exige ». Cela est compatible avec l'article 38 de la Loi, qui autorise la divulgation en exécution de l'ordonnance d'un juge désigné rendue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article.

[29] Dans l'arrêt *National Post*, le juge Binnie a écrit, au sujet du caractère absolu du privilège relatif aux indicateurs de police (au paragraphe 42) :

Il est probable qu'à l'avenir, tout nouveau privilège « générique » sera créé, le cas échéant, par une intervention législative.

[30] La sagesse de cette prédiction se comprend aisément. La création d'un nouveau privilège entraîne un lot de répercussions juridiques, politiques, sociales et économiques. J'ai pris part à suffisamment de réformes juridiques pour savoir que des mesures de ce genre, à cause justement de la diversité et de la gravité de leurs incidences, exigent des consultations et un débat publics approfondis. Elles doivent être édictées par des gens qui sont tenus de rendre compte à ceux qui auront à vivre avec de telles mesures. Non seulement notre Cour est-elle mal placée pour évaluer s'il convient d'appliquer aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police mais, si elle le faisait, elle usurperait, à mon avis, le rôle du législateur et contrecarrerait l'intention qu'il a exprimée à l'article 38 de la Loi qu'il y ait pondération des intérêts en jeu à l'égard des renseignements, y inclus ceux qui se rapportent à l'identité des sources.

[31] Cela nous amène à l'interrelation entre un privilège relatif aux sources et le critère de l'arrêt *Ribic*, et à la procédure à suivre lorsqu'il y a revendication de privilège.

[32] Il s'impose, à la réflexion, que la procédure doit rester souple parce que la nature des renseignements, l'importance de la source, l'étendue du préjudice causé à la source, à la défense ou la sécurité nationales ou aux relations internationales – pour ne nommer que quelques-uns des facteurs susceptibles d'influer sur la démarche que le juge devrait suivre – pourraient en dicter le contenu.

[33] Il se peut, compte tenu des circonstances, qu'il soit préférable d'examiner d'abord la question de la protection de l'identité de la source. Par exemple, il peut arriver que la divulgation des renseignements ne soit pas préjudiciable, mais que celle du nom de la source le soit. Dans le même ordre d'idée, l'intérêt public dans la divulgation des renseignements eux-mêmes peut l'emporter sur l'intérêt public militant contre la divulgation, exception faite de l'identité de la source. D'un autre côté, il ne sert à rien de s'engager dans un long débat concernant la nécessité de protéger la source si les renseignements eux-mêmes ne sont pas pertinents et ne seront pas communiqués. Le juge désigné qui procède à la mise en balance exigée par l'article 38 est le mieux placé pour décider du processus qui lui permettra le mieux d'exercer son pouvoir discrétionnaire avec le plus d'efficacité.

[34] En conclusion, j'estime, pour ces raisons, que le juge n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS les règles régissant le privilège relatif aux indicateurs de police.

b) Le juge a-t-il mal appliqué la règle des tiers lorsqu'il a ordonné la divulgation de certains renseignements émanant de partenaires étrangers?

[35] Cette question se pose à l'égard d'un petit nombre de documents. La Cour a siégé à huis clos pour l'examen des renseignements confidentiels et a entendu les arguments des avocates de l'appelant ainsi que de l'*amicus curiae* désigné pour aider la Cour. Elle a aussi examiné les documents ainsi que les propositions de l'appelant visant à prévenir ou limiter le préjudice.

[36] Le juge n'ayant pas motivé toutes ses décisions relativement aux éléments à divulguer, on ne sait pas toujours pourquoi il a ordonné la divulgation. Il faut dire, en toute justice, qu'il était confronté à une tâche herculéenne et qu'il a incontestablement accompli un travail admirable. Nous passons donc à l'application du troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic* aux documents en cause.

[37] Nous sommes d'avis qu'en appliquant le critère de l'arrêt *Ribic* le juge n'a pas tenu compte de la preuve de préjudice ou qu'il ne lui a pas accordé le poids qu'il fallait. Il se peut aussi qu'il ait en même temps attribué un poids exagéré à l'argument du préjudice avancé par les intimés. Il a en conséquence accordé trop de poids à l'intérêt public afférent à la divulgation des renseignements, ce qui a eu des répercussions dans certains résumés des renseignements, où le

préjudice n'est pas limité conformément à la Loi. Il a en cela commis des erreurs manifestes et dominantes.

Conclusion

[38] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de divulgation et l'annexe « A » relative aux documents en cause et je rendrais une ordonnance confidentielle mettant en œuvre les changements nécessaires à ces documents pour prévenir et limiter les préjudices aux relations internationales et à la sécurité ou la défense nationales.

« Gilles Létourneau »

j.c.a.

« Je suis d'accord
Pierre Blais, j.c. »

« Je suis d'accord
Johanne Trudel, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Ghislaine Poitras, L.L.L., Trad. a.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-428-10

INTITULÉ : LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA c.
ABDULLAH ALMALKI et al.

LIEU DE L'AUDIENCE : Ottawa (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 31 mai 2011

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE LÉTOURNEAU

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE EN CHEF BLAIS
LA JUGE TRUDEL.

DATE DES MOTIFS : Le 13 juin 2011

COMPARUTIONS :

Linda J. Wall Catherine A. Lawrence	POUR L'APPELANT
Philip Tunley Frederick Schumann	POUR LES INTIMÉS
François Dadour	COMPARAISSANT EN QUALITÉ D' <i>AMICUS CURIAE</i>

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Myles J. Kirvan Sous-procureur général du Canada	POUR L'APPELANT
Stockwoods LLP Toronto (Ontario)	POUR LES INTIMÉS
Les Avocats Poupart, Dadour, Touma & Associés Montréal (Québec)	COMPARAISSANT EN QUALITÉ D' <i>AMICUS CURIAE</i>