

IMM-152-09
2010 FC 1082

IMM-152-09
2010 CF 1082

Chanthirakumar Sellathurai (*Applicant*)

Chanthirakumar Sellathurai (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: SELLATHURAI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : SELLATHURAI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Snider J.—Toronto, October 20; Ottawa, November 3, 2010.

Cour fédérale, juge Snider—Toronto, 20 octobre; Ottawa, 3 novembre 2010.

* Editor's Note: This decision has been reversed in part on appeal (A-431-10, 2011 FCA 223). The reasons for judgment, handed down July 11, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en partie en appel (A-431-10, 2011 CAF 223). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11 juillet 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant's counsel and for non-disclosure of relevant portions of disputed documents — Applicant filing application for leave, judicial review of interlocutory decision of Immigration and Refugee Board rendered in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1) — This application accompanied by motion to stay admissibility hearing pending determination of ministerial relief application made under IRPA, s. 34(2) — Respondent in application requesting return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person — Key issues whether respondent's motion should be heard, determined pursuant to IRPA, s. 87 or Canada Evidence Act (CEA), s. 38; whether motion to recall disputed documents should succeed; whether Court should designate special advocate pursuant to IRPA, s. 87.1 — (1) Court having jurisdiction to consider motion, directly or by analogy pursuant to IRPA, s. 87.1 — CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege — IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context — Federal Court expressly tasked by Parliament to protect information in IRPA context where disclosure injurious to national security or endangering safety of any person — (2) Inadvertent disclosure not ousting Court's jurisdiction to protect national security documents — This reasoning also applying to IRPA,

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés — Le demandeur a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rendue dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Cette demande a été accompagnée d'une requête visant à obtenir une suspension de l'enquête jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu de l'art. 34(2) de la LIPR — Le défendeur en l'espèce demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Les principaux points litigieux étaient de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l'art. 87 de la LIPR ou en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC), si sa requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devait être accueillie, et si la Cour devait désigner un avocat spécial en vertu de l'art. 87.1 de la LIPR — 1) La Cour avait compétence pour juger la requête, directement ou par analogie, en vertu de l'art. 87 de la LIPR — L'art. 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgation des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale — La LIPR contient

s. 87 — Case-by-case determination of privilege required when documents inadvertently disclosed — Privilege claimed over portions of disputed documents not lost by their disclosure — (3) In view of factors considered in Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), considerations of fairness and natural justice not requiring appointment of special advocate to protect interests of applicant — Motion granted.

Evidence — Motion for order requiring return of documents inadvertently forwarded to applicant's counsel in admissibility hearing determining applicant's admissibility to Canada pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1) — Respondent requested return of documents inadvertently disclosed in response to ministerial relief application, on ground disclosure of contents would be injurious to national security or to safety of any person — Whether respondent's motion should be heard and determined pursuant to IRPA, s. 87 or Canada Evidence Act (CEA), s. 38 — CEA, s. 38 meant to apply to proceedings where no statutory scheme in place to deal with non-disclosure of documents subject of national security privilege — IRPA containing statutory scheme specifically designed to deal with non-disclosure of information within immigration context — CEA, s. 38 not proper vehicle for dealing with subject matter of this motion.

This was a motion for an order requiring the return of documents inadvertently forwarded to the applicant's counsel and an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents.

The context of the file is an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the ID). The admissibility hearing would determine the applicant's admissibility to Canada pursuant to subsection 34(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). In an interlocutory decision, the ID refused to stay the hearing pending the outcome of the applicant's ministerial relief application made under subsection 34(2) of IRPA.

un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgence des renseignements dans le contexte de l'immigration — Le législateur a expressément chargé la Cour de protéger les renseignements dans le cadre de l'application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — 2) Une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écartier le pouvoir de la Cour de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué — Ce raisonnement vaut également dans le cas de l'art. 87 de la LIPR — Il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège — Le privilège qui était revendiqué sur les passages des documents contestés n'avait pas été perdu par suite de leur divulgation — 3) Compte tenu des facteurs examinés dans l'affaire Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur — Requête accordée.

Preuve — Requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur dans le cadre d'une enquête visant à déterminer s'il devrait être interdit de territoire en vertu de l'art. 34(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) — Le défendeur demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Question de savoir si la requête du défendeur devait être entendue et tranchée en vertu de l'art. 87 de la LIPR ou en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) — L'art. 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgence des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale — La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgence des renseignements dans le contexte de l'immigration — L'art. 38 de la LPC n'était pas le moyen approprié pour traiter de l'objet de la présente requête.

Il s'agissait d'une requête pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés.

Le dossier s'inscrit dans le cadre d'une enquête de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SI) visant à déterminer si le demandeur devrait être interdit de territoire en vertu du paragraphe 34(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). Dans une décision interlocutoire, la SI a refusé de suspendre l'enquête en attendant l'issue d'une demande de dispense ministérielle présentée en vertu du

The applicant subsequently filed an application for leave and judicial review of that decision, and brought a motion seeking a stay pending a determination of the ministerial relief application. Both the application and the motion were granted, and the judicial review hearing was adjourned *sine die*.

In this motion, the respondent requested the return of documents inadvertently disclosed in response to the ministerial relief application, on the ground that the disclosure of their contents would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

The key disputed issues were whether the motion should be heard and determined pursuant to section 87 of IRPA or section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA), whether the motion to recall the disputed documents should succeed, and whether the Court should designate a special advocate pursuant to section 87.1 of IRPA.

Held, the motion should be granted.

The Court had jurisdiction to consider the motion, directly or by analogy, pursuant to section 87 of IRPA. The Supreme Court has recognized the importance of both the state's and society's interest in national security. Both of these reasons have been found to be sufficient to rationalize limiting the disclosure of materials to individuals affected by the non-disclosure. A natural extension of these principles is the state's interest in recalling documents that have been inadvertently disclosed with the objective of regaining protection of information that is properly the subject of national security. Section 38 of the CEA is meant to be applied to proceedings where there is no statutory scheme in place to deal with the non-disclosure of documents that are the subject of national security privilege. IRPA contains a statutory scheme specifically designed to deal with the non-disclosure of information within the immigration context. An application of the CEA rather than IRPA would arguably run contrary to the presumption against redundancy, a principle of statutory interpretation. Section 38 of the CEA was not the proper vehicle for dealing with the subject matter of this motion. The Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. Although the disputed documents were disclosed pursuant to the ministerial relief application, this disclosure forms part of the substance of the judicial review motion that currently stands adjourned *sine die*. Even if it is possible to conclude that the disputed documents do not directly fall within the judicial review currently adjourned and, hence, are not within the explicit words of section 87, the result would

paragraphe 34(2) de la LIPR. Le demandeur a alors déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision, ainsi qu'une requête visant à obtenir une suspension jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au sujet de la demande de dispense ministérielle. Ces demandes ont été accordées, et l'audience relative à la demande de contrôle judiciaire a été ajournée *sine die*.

En l'espèce, le défendeur demandait le retour de documents divulgués par inadvertance en réponse à la demande de dispense ministérielle, au motif que la divulgation de leur contenu porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Les principaux points litigieux étaient de savoir si la requête devait être entendue et tranchée en vertu de l'article 87 de la LIPR ou en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC), si sa requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devait être accueillie, et si la Cour devait désigner un avocat spécial en vertu de l'article 87.1 de la LIPR.

Jugement : la requête doit être accordée.

La Cour avait compétence pour juger la requête, directement ou par analogie, en vertu de l'article 87 de la LIPR. La Cour suprême a reconnu l'importance de l'intérêt de l'État et du public en matière de sécurité nationale. Ces deux facteurs ont été jugés suffisants pour justifier de limiter la divulgation de renseignements aux personnes touchées par la non-divulgaration. Une extension naturelle de ces principes se traduit par l'intérêt de l'État à récupérer les documents qui ont été divulgués par inadvertance et ce, dans le but d'être en mesure de protéger de nouveau des renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. L'article 38 de la LPC est censé s'appliquer aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgaration des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgaration des renseignements dans le contexte de l'immigration. L'application de la LPC plutôt que de la LIPR irait à l'encontre de la présomption d'absence de redondance, un principe d'interprétation des lois. L'article 38 de la LPC n'était pas le moyen approprié pour traiter de l'objet de la présente requête. Le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l'application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Bien que les documents contestés aient été divulgués en réponse à la demande de dispense ministérielle, cette divulgation fait partie de l'essence même de la demande de contrôle judiciaire qui a été ajournée *sine die*. Même s'il était possible de conclure que les documents contestés n'entrent pas directement

be the same. The disputed documents were clearly sent for the purposes of a matter within IRPA—specifically subsection 34(2). The unique facts of this case and the close relationship of the subsection 34(1) proceeding and the ministerial relief application supports a finding that rule 4 of the *Federal Courts Rules* can be relied on to bridge the gap. Adopting, by analogy, the well-established procedure of section 87 of IRPA for the purposes of this motion would secure the just, most expeditious and least expensive determination of this motion.

Regarding the motion to recall the disputed documents, the secret affidavit submitted by the respondent was a detailed assertion of the evidence and the reasoning as to why each redaction was necessary in order to protect national security or the safety of any person. The redacted portions should be the subject of national security privilege. Inadvertent disclosure does not oust the Federal Court's jurisdiction to protect national security documents on the basis of waiver. This also applies to section 87 of IRPA. A case-by-case determination of privilege must be made when documents are inadvertently disclosed. The claim to national security privilege over portions of the disputed documents was not lost by inadvertent disclosure of them. While the respondent acknowledged that unredacted copies of the disputed documents should never have been sent to the applicant's counsel, it was not done intentionally, and there is nothing that would give rise to the circumstances that would necessitate the waiver of privilege to the disputed documents. The importance of protecting national security does not end when a mistake is made which results in the inadvertent disclosure of information. It is in the interest of the public to ensure that national security information is kept confidential and that, in the event of an inadvertent error, there are procedures in place to restore that confidentiality. There are clear exceptions to the "open court principle", and national security privilege is one such exception.

Lastly, the appointment of a special advocate is within the discretion of the designated judge. In view of the factors considered in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, the considerations of fairness and natural justice did not require the appointment of a special advocate to protect the interests of the applicant.

dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire qui avait été ajournée et qu'ils ne correspondaient donc pas au libellé explicite de l'article 87, le résultat serait le même. Les documents contestés avaient été communiqués relativement à une question relevant de la LIPR, plus précisément du paragraphe 34(2). Les faits particuliers de l'affaire et les liens étroits qui existaient entre l'instance introduite en vertu du paragraphe 34(1) et la demande de dispense ministérielle permettaient de conclure qu'il était possible de recourir à l'article 4 des *Règles des Cours fédérales* pour combler la lacune. L'adoption par analogie de la procédure bien établie prévue à l'article 87 de la LIPR pour les besoins de la requête permettrait de la trancher de la manière la plus juste, expéditive et économique possible.

Concernant la requête en vue d'obtenir la restitution des documents contestés, l'affidavit secret déposé par le défendeur renfermait un témoignage détaillé ainsi que le raisonnement expliquant pourquoi chacune des expurgations étaient nécessaire pour protéger la sécurité nationale et la sécurité d'autrui. Les passages expurgés devaient bénéficier d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écarter, pour cause de renonciation, le pouvoir de la Cour fédérale de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué. Ce raisonnement vaut également dans le cas de l'article 87 de la LIPR. Il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège. Le privilège fondé sur la sécurité nationale qui était revendiqué sur les passages des documents contestés n'avait pas été perdu par suite de leur divulgation par inadvertance. Bien que le défendeur ait reconnu que les versions non expurgées des documents contestés n'auraient jamais dû être transmises à l'avocate du demandeur, cette mesure n'avait pas été prise intentionnellement et aucun élément ne permettait de penser à la présence de circonstances qui entraîneraient renonciation au privilège sur les documents contestés. L'importance que revêt la protection de la sécurité nationale ne s'évanouit pas lorsqu'une erreur se solde par la divulgation par inadvertance de renseignements. Il est dans l'intérêt du public d'assurer la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale et de faire en sorte qu'advenant le cas où ils seraient divulgués par inadvertance, il existe des moyens de les rendre de nouveau confidentiels. Il existe des exceptions claires au principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège fondé sur la sécurité nationale en est une.

Finalement, la désignation d'un avocat spécial est une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné. Compte tenu des facteurs examinés dans l'affaire *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigeaient pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (am. by SOR/2004-283, s. 2), 3, 4.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34, 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 78 (as am. *idem*), 79 (as am. *idem*), 80 (as am. *idem*), 81 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*), 82.4 (as enacted *idem*), 83 (as am. *idem*), 84 (as am. *idem*), 85 (as am. *idem*), 85.1 (as enacted *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.3 (as enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 85.5 (as enacted *idem*), 85.6 (as enacted *idem*), 86 (as am. *idem*), 87 (as am. *idem*), 87.1 (as enacted *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179; *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, 73 Imm. L.R. (3d) 27; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, 360 F.T.R. 173, 87 Imm. L.R. (3d) 86.

CONSIDERED:

Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85, 363 F.T.R. 278; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 54, [2005] 3 F.C.R. 142, 251, D.L.R. (4th) 13, 45 Imm. L.R. (3d) 167; *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, (1991), 85 D.L.R. (4th) 88, [1992] 1 W.W.R. 193; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229, (1988), 53 D.L.R. (4th) 568, 24 F.T.R. 24 (T.D.); *Chapelstone Developments Inc. v. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, 191 C.C.C. (3d) 152, [2004] G.S.T.C. 162; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16 (édictees par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34, 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 78 (mod., *idem*), 79 (mod., *idem*), 80 (mod., *idem*), 81 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édictee, *idem*), 82.2 (édictee, *idem*), 82.3 (édictee, *idem*), 82.4 (édictee, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*), 85.1 (édictee, *idem*), 85.2 (édictee, *idem*), 85.3 (édictee, *idem*), 85.4 (édictee, *idem*), 85.5 (édictee, *idem*), 85.6 (édictee, *idem*), 86 (mod., *idem*), 87 (mod., *idem*), 87.1 (édictee, *idem*).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 3, 4.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 119; *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 54, [2005] 3 R.C.F. 142; *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *Chapelstone Developments Inc. c. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2d) 350; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549; *Farkhondehfall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1064; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129.

FC 549, 329 F.T.R. 80; *Farkhondehfall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366.

REFERRED TO:

Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), IMM-152-09, Mosley J., order rendered December 7, 2009, F.C.; *Ruby v. Canada (Sollicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125; *Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106, 66 Imm. L.R. (3d) 111; *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300, 302 F.T.R. 184, 57 Imm. L.R. (3d) 105; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585; *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1.

AUTHORS CITED

Bryant, Alan W. *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

MOTION for an order requiring the return of documents inadvertently forwarded to the applicant's counsel and an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents. Motion granted.

APPEARANCES

Barbara L. Jackman for applicant.
Jamie R. D. Todd for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Jackman & Associates, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), IMM-152-09, juge Mosley, ordonnance rendue le 7 décembre 2009, C.F.; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585; *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522.

DOCTRINE CITÉE

Bryant, Alan W. *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009.
Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

REQUÊTE pour une ordonnance enjoignant le retour de documents transmis par inadvertance à l'avocate du demandeur et interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés. Requête accordée.

ONT COMPARU

Barbara L. Jackman pour le demandeur.
Jamie R. D. Todd pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Jackman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

SNIDER J.:

I. Introduction

[1] In this motion, the Minister of Emergency Preparedness and Public Safety (the Minister) seeks the return of material inadvertently forwarded to counsel for Mr. Chanthirakumar Sellathurai (the applicant). The Minister maintains that three unredacted confidential documents (the disputed documents) attract national security privilege, that certain portions of the disputed documents should not have been disclosed, and that the inadvertent disclosure of the disputed documents did not waive the claimed privilege.

[2] The Minister requests an order of non-disclosure of the relevant portions of the disputed documents and an order requiring the applicant to return the unredacted disputed documents to the Minister.

[3] This motion raises unique issues in the context of an already complicated set of proceedings. For the reasons that follow, I have concluded that the motion of the Minister should be granted.

II. Issues

[4] As I would frame them, the issues and sub-issues in this motion are the following:

1. Does the Federal Court have jurisdiction to determine this motion and grant the relief sought by the Minister pursuant to section 87 [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA)?

2. Should the Minister's motion to recall the disputed documents succeed?

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

LA JUGE SNIDER :

I. Introduction

[1] Dans la présente requête, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) demande qu'on lui retourne des documents qui ont été transis par inadvertance à l'avocate de M. Chanthirakumar Sellathurai (le demandeur). Le ministre soutient qu'un privilège fondé sur la sécurité nationale s'applique à trois documents confidentiels non expurgés (les documents contestés), que certains passages des documents contestés n'auraient pas dû être divulgués et que la divulgation par inadvertance des documents contestés n'emportait pas renonciation au privilège revendiqué.

[2] Le ministre réclame une ordonnance interdisant la divulgation des passages pertinents des documents contestés ainsi qu'une ordonnance enjoignant au demandeur de lui retourner les documents contestés non expurgés.

[3] La présente requête soulève des questions particulières dans le contexte d'une série d'instances déjà complexes. Pour les motifs qui suivent, j'arrive à la conclusion qu'il y a lieu de faire droit à la requête du ministre.

II. Questions en litige

[4] Voici comment je formulerais les questions et les sous-questions soulevées par la présente requête :

1. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour juger la présente requête et accorder la mesure sollicitée par le ministre en vertu de l'article 87 [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR)?

2. La requête présentée par le ministre en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devrait-elle être accueillie?

(a) Are these documents the subject of national security privilege?

(b) Did the Minister waive national security privilege on the disputed documents?

(c) Is national security privilege an exception to the “open court principle”?

a) Les documents en question font-ils l’objet d’un privilège fondé sur la sécurité nationale?

b) Le ministre a-t-il renoncé au privilège fondé sur la sécurité nationale sur les documents contestés?

c) Le privilège fondé sur la sécurité nationale constitue-t-il une exception au « principe de la publicité des débats judiciaires »?

3. Should the Court designate a special advocate, pursuant to section 87.1 [as enacted *idem*] of IRPA, to advance the interests of the applicant?

3. La Cour devrait-elle désigner un avocat spécial en vertu de l’article 87.1 [édicte, *idem*] de la LIPR pour défendre les intérêts du demandeur?

III. Background

[5] The context of Court file IMM-152-09 is an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the ID). The admissibility hearing would determine the applicant’s admissibility to Canada pursuant to subsection 34(1) of IRPA. In an interlocutory decision dated December 29, 2008, the ID refused to stay the subsection 34(1) hearing pending the outcome of the applicant’s 2002 application made under subsection 34(2) of IRPA (the ministerial relief application). The applicant filed an application for leave and judicial review of the interlocutory decision of the ID, and brought a motion before the Court seeking a stay pending a determination of the ministerial relief application. The Federal Court granted the applicant’s motion for a stay pending the disposition of the application for leave and judicial review (*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (7 December 2009), Toronto, IMM-152-09, *per* Mosley J.).

[6] Leave was granted in the underlying judicial review application, and a hearing date was set for February 23, 2010. Justice Roger Hughes adjourned the judicial review hearing *sine die*, as he concluded that judicial economy favoured a practical resolution of the

III. Contexte

[5] Le dossier IMM-152-09 s’inscrit dans le cadre d’une enquête de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la SI) visant à déterminer si le demandeur devrait être interdit de territoire au Canada en vertu du paragraphe 34(1) de la LIPR. Dans une décision interlocutoire datée du 29 décembre 2008, la SI a refusé de suspendre l’enquête menée en vertu du paragraphe 34(1) en attendant l’issue de la demande que le demandeur avait présentée en 2002 en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR (la demande de dispense ministérielle). Le demandeur a déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de la décision interlocutoire de la SI et a saisi la Cour d’une requête visant à obtenir une suspension jusqu’à ce qu’une décision soit rendue au sujet de la demande de dispense ministérielle. La Cour fédérale a fait droit à la requête présentée par le demandeur en vue d’obtenir une suspension jusqu’à ce qu’il ait été statué sur la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire (*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)* (7 décembre 2009), Toronto, IMM-152-09, le juge Mosley).

[6] L’autorisation demandée a été accordée au sujet de la demande sous-jacente de contrôle judiciaire et la date d’audience a été fixée au 23 février 2010. Le juge Roger Hughes a ajourné *sine die* l’audience relative à la demande de contrôle judiciaire au motif que l’économie

ministerial relief application before a judicial review of the ID proceeding should be heard.

[7] The key milestones leading to the motion now before me are as follows:

- On July 12, 2010, officers with Canada Border Services Agency (CBSA) provided the applicant with a fairness disclosure package relating to the ministerial relief application. This package contained the unredacted disputed documents.
- On August 12, 2010, after becoming aware, on August 11, 2010, of the inadvertent disclosure, counsel for the Minister wrote to the applicant's counsel to inform her that classified information was inadvertently disclosed. The Minister's counsel requested that the entire package of documents be sealed and returned. A second request was sent on August 16, 2010.
- In a letter dated August 19, 2010, applicant's counsel advised the Minister's counsel that the disputed documents had been pulled from the disclosure package and put in a sealed envelope. Applicant's counsel requested that redacted versions of the disputed documents be sent to her.
- On August 30, 2010, counsel for the Minister wrote to the Court seeking direction regarding the inadvertent disclosure of the disputed documents. The applicant responded to this letter on September 2, 2010.

[8] Following this sequence of events, on September 2, 2010, Justice Hughes issued the following direction in this matter:

- Applicant's counsel was to place the disputed documents in a sealed envelope and file it with the Court by September 8, 2010;
- The Minister's counsel was to provide the applicant's counsel with the redacted versions of the disputed documents by September 8, 2010; and

des ressources judiciaires favorisait un règlement pratique de la demande de dispense ministérielle avant que la demande de contrôle judiciaire de la décision de la SI ne soit entendue.

[7] Voici les principaux jalons qui ont marqué la requête dont je suis saisie en l'espèce :

- Le 12 juillet 2010, des fonctionnaires de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) ont remis au demandeur un dossier d'équité en réponse à la demande de dispense ministérielle. Ce dossier contenait les documents non expurgés contestés.
- Le 11 août 2010, l'avocat du ministre s'est aperçu que les documents avaient été communiqués par inadvertance et, le 12 août 2010, il a écrit à l'avocate du demandeur pour l'informer que des renseignements classifiés avaient été divulgués par inadvertance. L'avocat du ministre a demandé que le dossier contenant les documents en question soit scellé et retourné au complet. Une seconde demande a été transmise le 16 août 2010.
- Dans une lettre datée du 19 août 2010, l'avocate du demandeur a informé l'avocat du ministre que les documents contestés avaient été retirés du dossier et qu'ils avaient été mis dans une enveloppe scellée. L'avocate du demandeur a demandé qu'une version expurgée des documents contestés lui soit envoyée.

- Le 30 août 2010, l'avocat du ministre a écrit à la Cour pour lui réclamer des directives au sujet de la divulgation par inadvertance des documents contestés. Le demandeur a répondu à cette lettre le 2 septembre 2010.

[8] À la suite de ces événements, le juge Hughes a, le 2 septembre 2010, donné les directives suivantes dans la présente affaire :

- L'avocate du demandeur devait insérer les documents contestés dans une enveloppe scellée qu'elle devait déposer à la Cour au plus tard le 8 septembre 2010;
- L'avocat du ministre devait fournir à l'avocate du demandeur une version expurgée des documents contestés au plus tard le 8 septembre 2010;

• The Minister was to file a motion on or about September 8, 2010 “to be heard by a designated Judge, if required as to the further manner in which said documents are to be dealt”.

• Le ministre devait déposer une requête le 8 septembre 2010 ou vers cette date [TRADUCTION] « pour être entendue au besoin par un juge désigné afin d’obtenir de plus amples précisions quant à la façon de traiter les documents en question ».

These directions were followed.

Les directives en question ont été suivies.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *Issue 1: Does the Federal Court have jurisdiction to determine this motion pursuant to section 87 of IRPA?*

A. *Question 1 : La Cour fédérale a-t-elle compétence pour juger la présente requête en vertu de l’article 87 de la LIPR?*

[9] After hearing oral argument from both the applicant and the respondent, it is apparent that neither party is seriously asserting that the Federal Court does not have jurisdiction to determine this motion. However, the disputed issue is whether this motion should be heard and determined pursuant to section 87 of IRPA, or pursuant to section 38 [sections 38 to 38.16 inclusive (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[9] Après avoir entendu les plaidoiries du demandeur et du défendeur, la Cour constate que ni l’un ni l’autre n’affirme sérieusement que la Cour fédérale n’a pas compétence pour juger la présente requête. La question en litige est cependant celle de savoir si la présente requête devrait être entendue et tranchée en vertu de l’article 87 de la LIPR ou en vertu de l’article 38 [articles 38 à 38.16 inclusivement (édités par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[10] The Minister acknowledges that neither IRPA nor the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], provide an explicit statutory procedure for issues of inadvertent disclosure in the IRPA context. However, the Minister points to the fact that the Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person (IRPA, sections 77 to 87.1 [ss. 77 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 78 (as am. *idem*), 79 (as am. *idem*), 80 (as am. *idem*), 81 (as am. *idem*), 82 (as am. *idem*), 82.1 (as enacted *idem*), 82.2 (as enacted *idem*), 82.3 (as enacted *idem*), 82.4 (as enacted *idem*), 83 (as am. *idem*), 84 (as am. *idem*), 85 (as am. *idem*), 85.1 (as enacted *idem*), 85.2 (as enacted *idem*), 85.3 (as enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 85.5 (as enacted *idem*), 85.6 (as enacted *idem*), 86 (as am. *idem*)]). The Minister further argues that this Court has plenary supervisory jurisdiction over the statutory scheme of IRPA which would allow this motion to be

[10] Le ministre reconnaît que ni la LIPR ni les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], ne prévoient de procédure légale explicite en cas de divulgation par inadvertance de documents dans le contexte de la LIPR. Le ministre signale toutefois que le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l’application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (LIPR, articles 77 à 87.1 [art. 77 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 78 (mod., *idem*), 79 (mod., *idem*), 80 (mod., *idem*), 81 (mod., *idem*), 82 (mod., *idem*), 82.1 (édité, *idem*), 82.2 (édité, *idem*), 82.3 (édité, *idem*), 82.4 (édité, *idem*), 83 (mod., *idem*), 84 (mod., *idem*), 85 (mod., *idem*), 85.1 (édité, *idem*), 85.2 (édité, *idem*), 85.3 (édité, *idem*), 85.4 (édité, *idem*), 85.5 (édité, *idem*), 85.6 (édité, *idem*), 86 (mod., *idem*)]). Le ministre soutient en outre que notre Cour dispose d’un pouvoir de contrôle absolu en ce qui concerne le régime législatif de la LIPR, de sorte que la présente requête

heard pursuant to section 87 of IRPA, combined with the “gap rule” in rule 4 of the *Federal Courts Rules*.

[11] The applicant, on the other hand, argues that this motion cannot be heard pursuant to section 87 of IRPA because the inadvertent disclosure “has nothing to do” with any current judicial review application. The applicant argues that the only vehicle for the Federal Court to determine this motion is section 38 of CEA. The applicant further submits that it is in the interests of justice to apply section 38 of CEA, because this section, and not section 87 of IRPA, allows for the proper balancing of the interests for and against disclosure.

[12] For the reasons that follow, I find the position of the Minister to be preferable. Specifically, I conclude that this Court has jurisdiction to apply section 87 of IRPA to the disputed documents.

[13] The importance of preventing (and, therefore, in my view, recalling) the release of inadvertently disclosed documents has been specifically addressed by this Court. In *Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85 (*Jahazi*), at paragraph 21 (citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 42–43), Justice Yves de Montigny stated:

In [*Ruby*], the Supreme Court acknowledged that the state has a legitimate interest in preserving Canada’s supply of intelligence information received from foreign sources and noted that the inadvertent release of such information would significantly injure national security. . . . [Emphasis added.]

[14] The state has an important interest in protecting national security and the security of its intelligence services. Inadvertent disclosure of confidential information goes to the heart of what the state has an interest in protecting. There will always be a competing interest between the public’s right to an open system and the

pourrait être entendue tant en vertu de l’article 87 de la LIPR qu’en vertu de la « règle des lacunes » prévue à la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*.

[11] Le demandeur soutient, en revanche, que la présente requête ne peut être entendue en vertu de l’article 87 de la LIPR parce que la divulgation par inadvertance [TRADUCTION] « n’a rien à voir » avec une demande de contrôle judiciaire présentée parallèlement. Le demandeur affirme que le seul moyen par lequel la Cour fédérale peut trancher la présente requête consiste à procéder en vertu de l’article 38 de la LPC. Le demandeur ajoute qu’il est dans l’intérêt de la justice d’appliquer l’article 38 de la LPC, parce que c’est cet article, et non l’article 87 de la LIPR, qui permet de pondérer comme il se doit les intérêts favorables ou défavorables à la divulgation.

[12] Pour les motifs qui suivent, je conclus que c’est la thèse du ministre qu’il y a lieu de retenir. Plus précisément, je conclus que la Cour a compétence pour appliquer l’article 87 de la LIPR aux documents contestés.

[13] Notre Cour a déjà expressément abordé la question de l’importance d’empêcher la divulgation par inadvertance de documents (et, par voie de conséquence selon moi, d’en réclamer la restitution). Dans le jugement *Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85 (*Jahazi*), au paragraphe 21 (citant l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 42 et 43), le juge Yves de Montigny déclare :

Dans cet arrêt [*Ruby*], la Cour suprême a reconnu que l’État a un intérêt légitime à maintenir ses sources étrangères de renseignements et a souligné que la divulgation accidentelle de renseignements porterait sensiblement atteinte à la sécurité nationale [. . .] [Non souligné dans l’original.]

[14] L’État a un intérêt important à protéger la sécurité nationale et la sécurité de ses services de renseignement. La divulgation par inadvertance de renseignements confidentiels se situe au cœur même de ce que l’État a intérêt à protéger. Il y aura toujours une opposition d’intérêts entre le droit du public à un

state's need to protect information that could be injurious to the public as a whole.

[15] The Supreme Court has recognized the importance of both the state's and society's interest in national security. Both of these reasons have been found to be sufficient to rationalize limiting the disclosure of materials to individuals affected by the non-disclosure (see *Jahazi*, above [at paragraph 22], citing *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 58; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, at page 744; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*), at paragraph 122; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, above, at paragraphs 38–44).

[16] A natural extension of these principles is the state's interest in recalling documents that have been inadvertently disclosed with the objective of regaining protection of information that is properly the subject of national security. It would be illogical to prevent the recalling of inadvertently disclosed documents only because the documents have been disclosed, if putting the information into the hands of an "informed reader" would be injurious to national security. Therefore, the principles should apply to documents that are properly the subject of national security privilege, regardless of whether they were inadvertently disclosed documents or the subject of a non-disclosure order.

[17] Neither the applicant nor the Minister argues before me that the state should not protect information that is properly the subject of national security privilege. The thrust of the arguments relates to "how" and "whether" the state should protect the information inadvertently disclosed in the disputed documents.

système transparent et la nécessité pour l'État de protéger des renseignements qui seraient susceptibles d'être préjudiciables pour l'ensemble du public.

[15] La Cour suprême a reconnu l'importance de l'intérêt de l'État et du public en matière de sécurité nationale. Ces deux facteurs ont été jugés suffisants pour justifier de limiter la divulgation de renseignements aux personnes touchées par la non-divulgation (voir *Jahazi*, précité [au paragraphe 22], citant les arrêts *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 58; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, à la page 744; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*), au paragraphe 122; et *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, précité, aux paragraphes 38 à 44).

[16] Une extension naturelle de ces principes se traduit par l'intérêt de l'État à récupérer les documents qui ont été divulgués par inadvertance, et ce, dans le but d'être en mesure de protéger de nouveau des renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Il serait illogique d'empêcher la récupération de documents qui ont été divulgués par inadvertance au simple motif que les documents ont été divulgués, si le fait de mettre ces documents entre les mains d'un « observateur bien informé » porterait atteinte à la sécurité nationale. Les principes susmentionnés devraient donc s'appliquer aux documents qui font régulièrement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale, indépendamment de la question de savoir si les documents ont été divulgués par inadvertance ou s'ils font l'objet d'une ordonnance interdisant leur divulgation.

[17] Ni le demandeur ni le ministre n'a prétendu devant moi que l'État ne devrait pas protéger les renseignements qui font légitimement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. L'essentiel de leur argumentation porte sur la façon dont l'État devrait protéger les renseignements contenus dans les documents contestés qui ont été divulgués par inadvertance et sur l'opportunité de les protéger.

[18] The applicant argues that the only vehicle for the Federal Court to determine this motion is by way of section 38 of CEA. I do not agree.

[19] Under section 38 of CEA, an application may be made to the Federal Court for a disclosure order pursuant to subsection 38.06(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]. The purpose of section 38 of CEA is “to protect information where disclosure could be injurious to national defence or international relations” and to provide “for judicial oversight of government claims of confidentiality for such information” (*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (*Khawaja*), at paragraphs 87–88). Further, in *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 54, [2005] 3 F.C.R. 142, the Federal Court of Appeal stated that section 38 of CEA seeks to prevent the public release of information relating to or potentially injurious to national security in the course of a proceeding before a court (at paragraph 74).

[20] The applicant argues that section 38 of CEA provides a complete code that outlines the procedures to be taken into account when the release of sensitive information is at issue. Specifically subsection 38.06(2) mandates a balancing of the public interest in disclosure, against the public interest in non-disclosure (*Khawaja*, above, at paragraph 89). The applicant argues that section 38 of CEA is the only vehicle to deal with the disputed documents in this case.

[21] It is apparent that section 38 of CEA is meant to be applied as a complete code to proceedings where there is no statutory scheme in place to deal with the non-disclosure of documents that are the subject of national security privilege. This is not the case at bar. IRPA contains a statutory scheme specifically designed to deal with the non-disclosure of information within the immigration context. An application of CEA to this motion,

[18] Le demandeur affirme que le seul moyen par lequel la Cour fédérale peut trancher la présente requête est de procéder en vertu de l'article 38 de la LPC. Je ne suis pas de cet avis.

[19] Aux termes de l'article 38 de la LPC, une demande peut être présentée à la Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation en vertu du paragraphe 38.06(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]. L'article 38 de la LPC a pour objet de « protéger les renseignements dont la divulgation est susceptible de porter préjudice à la défense nationale ou aux relations internationales » et de faire en sorte que « les prétentions gouvernementales concernant la confidentialité de ces renseignements [soient] soumises à la surveillance des tribunaux » (*Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (*Khawaja*), aux paragraphes 87 et 88). De plus, dans l'arrêt *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 54, [2005] 3 R.C.F. 142, la Cour d'appel fédérale a déclaré que l'article 38 de la LPC a pour objet d'empêcher, dans le cadre d'une instance, la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter préjudice à la sécurité nationale (au paragraphe 74).

[20] Le demandeur fait valoir que l'article 38 de la LPC constitue un code complet qui prévoit la procédure à suivre lorsque la communication de renseignements sensibles est en cause. Plus précisément, le paragraphe 38.06(2) impose la mise en balance des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et des raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation (*Khawaja*, précité, au paragraphe 89). Le demandeur affirme que l'article 38 de la LPC est le seul moyen qui permet de traiter les documents contestés en l'espèce.

[21] Il est évident que l'article 38 de la LPC est censé s'appliquer comme un code complet aux instances dans lesquelles la loi ne prévoit pas de mécanisme pour traiter de la non-divulgation des documents qui font l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale. Ce n'est pas le cas en l'espèce. La LIPR contient un régime législatif conçu expressément pour traiter de la non-divulgation des renseignements dans le contexte de

rather than IRPA, would arguably run contrary to the presumption against redundancy, a principle of statutory interpretation.

[22] It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain. Every word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2002), at page 158).

[23] The same principle was expressed by Iacobucci J. in *Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 S.C.R. 388, at page 408:

It is a principle of statutory interpretation that every word of a statute must be given meaning: “A construction which would leave without effect any part of the language of a statute will normally be rejected” (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at p. 36).

[24] The presumption against redundancy would prevent this Court from applying section 38 of CEA to this case. If Parliament intended this Court to utilize section 38 every time a non-disclosure issue arose in the immigration context then section 87 of IRPA would be redundant. Taking into consideration the statement by Justice Iacobucci that every word of a statute must be given meaning, this could not have been the intent of Parliament.

[25] Having determined that section 38 of CEA is not the proper vehicle for dealing with the subject matter of this motion, I now turn to the application of section 87 of IRPA and its principles.

[26] The Federal Court has been expressly tasked by Parliament to protect information in the IRPA context where disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed (IRPA, sections 77 to 87.1). Section 87 of IRPA states:

l’immigration. On pourrait soutenir que l’application de la LPC plutôt que de la LIPR à la présente requête irait à l’encontre de la présomption d’absence de redondance, un principe d’interprétation des lois.

[22] Le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement ni s’exprimer en vain. Chaque mot de la loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. (Markham, Ont. : Butterworths, 2002), à la page 158).

[23] Le juge Iacobucci a exprimé le même principe dans l’arrêt *Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.*, [1991] 3 R.C.S. 388, aux pages 408 et 409 :

C’est un principe d’interprétation législative qu’il faut donner un sens à chaque terme d’une loi: [TRADUCTION] «Une interprétation qui laisserait sans effet une partie des termes employés dans une loi sera normalement rejetée» (*Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), à la p. 36).

[24] La présomption d’absence de redondance empêcherait la Cour d’appliquer l’article 38 de la LPC au cas qui nous occupe. Si le législateur avait voulu que notre Cour utilise l’article 38 chaque fois qu’une question de non-divulgence est soulevée dans le contexte de l’immigration, l’article 87 de la LIPR serait alors redondant. Compte tenu de l’affirmation du juge Iacobucci suivant laquelle il faut donner un sens à chaque terme de la loi, force est de conclure que telle ne pouvait être l’intention du législateur.

[25] Ayant conclu que l’article 38 de la LPC n’est pas le moyen approprié pour traiter de l’objet de la présente requête, je passe maintenant à l’application de l’article 87 de la LIPR et aux principes qui y sont énoncés.

[26] Le législateur a expressément chargé la Cour fédérale de protéger les renseignements dans le cadre de l’application de la LIPR lorsque leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui (LIPR, articles 77 à 87.1). L’article 87 de la LIPR dispose :

Application
for non-
disclosure
— judicial
review

87. The Minister may, during a judicial review, apply for the non-disclosure of information or other evidence. Section 83 — other than the obligations to appoint a special advocate and to provide a summary — applies to the proceeding with any necessary modifications.

[27] The applicant argues that section 87 cannot apply to this motion because section 87 of IRPA limits the application to “during a judicial review”; in the applicant’s view, this motion “has nothing to do with a judicial review”. I disagree. The applicant’s own action, in seeking a stay of the ID hearing and an adjournment of the judicial review, has inextricably linked the ministerial relief application and the judicial review of the ID’s interlocutory decision. As a result, there is little question in my mind that documents disclosed in the context of the ministerial relief application would have relevance to the judicial review application when, and if, it is heard. It follows that, although the disputed documents were disclosed pursuant to the ministerial relief application, this disclosure forms part of the substance of the judicial review motion that currently stands adjourned *sine die*.

[28] Even if it is possible to conclude that the disputed documents do not directly fall within the judicial review currently adjourned and, hence, are not within the explicit words of section 87, the result would be the same. The disputed documents were clearly sent for the purposes of a matter within IRPA—specifically subsection 34(2). The unique facts of this case and the close relationship of the subsection 34(1) proceeding and the ministerial relief application lead me to conclude that rule 4 of the *Federal Courts Rules* can be relied on to bridge the gap (*Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106 (*Segasayo*); *Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300). Adopting, by analogy, the well-established procedure of section 87 of IRPA for the purposes of this motion would secure the just, most expeditious and least expensive determination of this motion (rule 3, *Federal Courts Rules*).

87. Le ministre peut, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, demander l’interdiction de la divulgation de renseignements et autres éléments de preuve. L’article 83 s’applique à l’instance, avec les adaptations nécessaires, sauf quant à l’obligation de nommer un avocat spécial et de fournir un résumé.

Interdiction
de
divulgation
— contrôle
judiciaire

[27] Le demandeur soutient que l’article 87 de la LIPR ne peut s’appliquer à la présente requête parce qu’il ne s’applique que « dans le cadre d’un contrôle judiciaire »; suivant le demandeur, la présente requête [TRADUCTION] « n’a rien à voir avec un contrôle judiciaire ». Je ne suis pas de cet avis. Par ses propres actes, le demandeur a, en sollicitant la suspension de l’audience de la SI et l’ajournement de l’instance en contrôle judiciaire, inextricablement lié la demande de dispense ministérielle au contrôle judiciaire de la décision interlocutoire de la SI. En conséquence, il n’y a guère de doute dans mon esprit que les documents divulgués dans le contexte de la demande de dispense ministérielle se rapporteront à la demande de contrôle judiciaire lorsqu’elle sera entendue, en supposant qu’elle le soit. Il s’ensuit que, bien que les documents contestés aient été divulgués en réponse à la demande de dispense ministérielle, cette divulgation fait partie de l’essence même de la demande de contrôle judiciaire qui a été ajournée *sine die*.

[28] Même s’il était possible de conclure que les documents contestés n’entrent pas directement dans le cadre de l’instance en contrôle judiciaire qui a pour le moment été ajournée et qu’ils ne correspondent donc pas au libellé explicite de l’article 87, le résultat serait le même. Les documents contestés ont de toute évidence été communiqués relativement à une question relevant de la LIPR, plus précisément du paragraphe 34(2). Les faits particuliers de la présente affaire et les liens étroits qui existent entre l’instance introduite en vertu du paragraphe 34(1) et la demande de dispense ministérielle m’amènent à conclure que l’on peut recourir à la règle 4 des *Règles des Cours fédérales* pour combler la lacune (*Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 585 (*Segasayo*); *Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300). L’adoption par analogie de la procédure bien établie prévue à l’article 87 de la LIPR pour les besoins de la

[29] In summary, I find that the Federal Court has jurisdiction to consider this motion either directly or by analogy pursuant to section 87 of IRPA.

B. *Issue 2: Should the Minister's motion to recall the documents succeed?*

(1) Are these documents the subject of national security privilege?

[30] The Minister argues that the documents are properly the subject of national security privilege.

[31] The Supreme Court of Canada confirmed that a broad and flexible approach to national security issues should attract a deferential standard of review, provided that “the Minister is able to show evidence that reasonably supports a finding of danger to the security of Canada, courts should not interfere with the Minister’s decision” (*Suresh*, above, at paragraph 85).

[32] The Minister refers to the considerations that were outlined by Mr. Justice Addy in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 241–242 for determining what information might prove to be injurious to national security:

In considering whether the release of any particular information might prove injurious to national security and in estimating the possible extent of any such injury, one must bear in mind that the fundamental purpose of and indeed the *raison d'être* of a national security intelligence investigation is quite different and distinct from one pertaining to criminal law enforcement, where there generally exists a completed offence providing a framework within the perimeters of which investigations must take place and can readily be confined. Their purpose is the obtaining of legally admissible evidence

présente requête permettrait de trancher la présente requête de la manière la plus juste, expéditive et économique possible (la règle 3, *Règles des Cours fédérales*).

[29] En résumé, je conclus que la Cour fédérale a compétence pour juger la présente requête, directement ou par analogie, en vertu de l'article 87 de la LIPR.

B. *Question 2 : La requête présentée par le ministre en vue d'obtenir la restitution des documents contestés devrait-elle être accueillie?*

1) Les documents en question font-ils l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale?

[30] Le ministre affirme que les documents font régulièrement l'objet d'un privilège fondé sur la sécurité nationale.

[31] La Cour suprême du Canada a confirmé qu'une approche large et souple s'applique en matière de sécurité nationale et que ces questions donnent lieu à l'application d'une norme de contrôle judiciaire caractérisée par la retenue, et que, dès lors que le « ministre peut produire une preuve étayant raisonnablement la conclusion que l'intéressé constitue un danger pour la sécurité du Canada, les tribunaux ne doivent pas intervenir et modifier sa décision » (*Suresh*, précité, au paragraphe 85).

[32] Le ministre s'inspire des facteurs énoncés par le juge Addy dans le jugement *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 241 et 242, pour déterminer si des renseignements pourraient nuire à la sécurité nationale :

En cherchant à savoir si la divulgation de renseignements particuliers pourrait nuire à la sécurité nationale et en appréciant l'étendue possible de ce tort, il faut se rappeler que l'objectif fondamental et de fait la raison d'être d'une enquête en matière de renseignement de sécurité différent et se distinguent considérablement de ceux d'une enquête qui porte sur l'application de la loi en matière criminelle, où l'on est généralement en présence d'une infraction commise fournissant un cadre dans les paramètres duquel l'enquête doit se tenir et peut facilement être contenue. Son but est l'obtention

for criminal prosecutions. Security investigations on the other hand are carried out in order to gather information and intelligence and are generally directed towards predicting future events by identifying patterns in both past and present events.

There are few limits upon the kinds of security information, often obtained on a long-term basis, which may prove useful in identifying a threat. The latter might relate to any field of our national activities and it might be an immediate one or deliberately planned for some time in the relatively distant future. An item of information, which by itself might appear to be rather innocuous, will often, when considered with other information, prove extremely useful and even vital in identifying a threat. The very nature and source of the information more often than not renders it completely inadmissible as evidence in any court of law. Some of the information comes from exchanges of intelligence information between friendly countries of the western world and the source or method by which it is obtained is seldom revealed by the informing country. [Emphasis added.]

[33] The applicant, on the other hand, submits that the Minister bears the burden of establishing that the disclosure was inadvertent and that a failure to recall these documents would be injurious to national security. The applicant argues that the affidavit of Ms. Barrette (provided as part of the motion record) does not indicate why the release of the unredacted disputed documents would jeopardize national security. In addition, the applicant argues that the issue is whether a valid national security claim can be maintained, given that the documents have already been disclosed.

[34] For the reasons that follow, I conclude that the redacted portions of the disputed documents are properly the subject of national security privilege.

[35] The applicant refers to portions of the redacted disputed documents that appear not to be of importance to “national security” (i.e. names, addresses). However, as discussed in the recent decision of *Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179 (*Rajadurai*), while a document alone may appear to be innocuous, from the perspective of an “informed reader”, it may

d’éléments de preuve admissibles dans des poursuites au criminel. D’autre part, les enquêtes de sécurité visent la collecte de renseignements et elles tendent généralement à prédire des événements futurs en reconnaissant des tendances dans les événements passés et présents.

Il existe peu de limites aux sortes de renseignements de sécurité, souvent obtenus à long terme, qui peuvent aider à reconnaître une menace. Celle-ci pourrait se rapporter à n’importe quel aspect de nos activités nationales et elle pourrait être immédiate ou viser délibérément un avenir relativement lointain. Un renseignement, qui en lui-même pourrait sembler anodin, se révélera souvent, rapproché d’autres renseignements, extrêmement utile et même vital à la reconnaissance d’une menace. La nature et la source mêmes du renseignement le rendent bien souvent irrecevable en preuve devant tout tribunal judiciaire. Certains renseignements sont le résultat d’échanges d’informations entre des pays amis du monde occidental, et leur source ou leur mode d’obtention est rarement divulgué par le pays informateur. [Non souligné dans l’original.]

[33] Le demandeur soutient, en revanche, qu’il incombe au ministre d’établir que la divulgation a été faite par inadvertance et que la non-restitution des documents porterait atteinte à la sécurité nationale. Le demandeur affirme que l’affidavit de M^{me} Barrette (qui a été versé au dossier de la requête) n’indique pas pourquoi la divulgation des documents contestés non expurgés compromettrait la sécurité nationale. Le demandeur affirme de plus que la question est celle de savoir s’il est régulièrement possible d’invoquer un privilège fondé sur la sécurité nationale, compte tenu du fait que les documents ont déjà été communiqués.

[34] Pour les motifs qui suivent, je conclus que les passages expurgés des documents contestés font régulièrement l’objet d’un privilège fondé sur la sécurité nationale.

[35] Le demandeur cite des passages des documents contestés expurgés qui semblent ne pas être importants pour la « sécurité nationale » (en l’occurrence des noms et des adresses). Toutefois, ainsi qu’il a été précisé dans la décision récente *Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 119 (*Rajadurai*), bien que, pris isolément, un document puisse sembler anodin, il peut quand même porter atteinte à la

impinge on national security. At paragraph 16 Justice de Montigny observed:

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

[36] From the perspective of an “informed reader” and as a designated Judge, I have reviewed the disputed documents, the proposed redactions and the testimony of the affiant who swore the secret affidavit provided to me. My review was informed by the above comments of Justice de Montigny in *Rajadurai* and the recommendations of Justice Eleanor Dawson in *Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454. The secret affidavit was not a mere assertion of conclusions, but detailed the evidence and the reasoning as to why, in the opinion of the affiant, each redaction was necessary in order to protect national security or the safety of any person. Having undertaken this serious obligation to review the material, I agree with the Minister that the redacted portions of the disputed documents should be the subject of national security privilege.

sécurité nationale du point de vue de l’« observateur bien informé ». Au paragraphe 16 de sa décision, le juge de Montigny fait observer :

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

[36] Me plaçant du point de vue de l’« observateur bien informé » et en ma qualité de juge désignée, j’ai examiné les documents contestés, les passages dont l’expurgation est réclamée ainsi que le témoignage de la personne qui a souscrit l’affidavit secret qui m’a été soumis. J’ai tenu compte des propos susmentionnés tenus par le juge de Montigny dans la décision *Rajadurai* ainsi que des recommandations formulées par la juge Eleanor Dawson dans la décision *Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454. L’affidavit secret ne renfermait pas une simple liste de conclusions, mais bien un témoignage détaillé ainsi que le raisonnement expliquant pourquoi, de l’avis de la déclarante, chacune des expurgations était nécessaire pour protéger la sécurité nationale et la sécurité d’autrui. M’étant acquittée de la sérieuse tâche consistant à passer les documents en revue, je suis d’accord avec le ministre pour dire que les passages expurgés des documents contestés devraient bénéficier d’un privilège fondé sur la sécurité nationale.

(2) Did the respondent waive the national security privilege on the documents?

[37] The Minister argues that the disclosure of the disputed documents was inadvertent and was not intended to waive the national security privilege attached to these documents. The applicant, on the other hand, argues that even if national security privilege had originally attached, the Minister has waived that privilege by disclosing the disputed documents to the applicant's counsel.

[38] Canadian courts have established that inadvertent disclosure of privileged information does not automatically amount to waiver, and privileged information relating to Canada's national security is not an exception (Alan W. Bryant, Sydney N. Lederman and Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3rd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009)). Further, public interest immunity cannot, in any ordinary sense, be waived (*Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 32).

[39] The Court in *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, considering section 38 of CEA, stated that inadvertent disclosure does not oust the Federal Court's jurisdiction to protect national security documents on the basis of waiver. In my view, this also applies to section 87 of IRPA. Justice Richard Mosley, in *Khawaja*, above, referred to the decision in *Chapelstone Developments Inc. v. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, where the New Brunswick Court of Appeal held that inadvertent disclosure of privileged information does not automatically result in a loss of privilege, and more is required before the privileged communication will be admissible (*Khawaja*, above, at paragraph 109; *Chapelstone*, above, at paragraph 55).

2) Le défendeur a-t-il renoncé au privilège fondé sur la sécurité nationale en ce qui concerne les documents?

[37] Le ministre soutient que la divulgation des documents contestés a été faite par inadvertance et qu'elle n'était pas censée emporter renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale dont ces documents bénéficiaient. Le demandeur, en revanche, affirme que, même si le privilège fondé sur la sécurité nationale s'était appliqué à l'origine, le ministre a renoncé à ce privilège en divulguant les documents contestés à l'avocate du demandeur.

[38] Les tribunaux canadiens ont établi que la divulgation par inadvertance de renseignements privilégiés n'emporte pas automatiquement renonciation au privilège, et que les renseignements privilégiés se rapportant à la sécurité nationale du Canada ne font pas exception à la règle (Alan W. Bryant, Sydney N. Lederman et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009)). De plus, il n'est pas possible de renoncer, dans tous les sens courants du terme, à l'immunité d'intérêt public (*Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 32).

[39] Dans l'affaire *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055, 101 O.R. (3d) 424, le tribunal, qui examinait l'article 38 de la LPC, a déclaré qu'une divulgation par inadvertance n'a pas pour effet d'écarter, pour cause de renonciation, le pouvoir de la Cour fédérale de protéger les documents à l'égard duquel un privilège fondé sur la sécurité nationale est revendiqué. À mon sens, ce raisonnement vaut également dans le cas de l'article 87 de la LIPR. Dans le jugement *Khawaja*, précité, le juge Richard Mosley cite l'arrêt *Chapelstone Developments Inc. c. Canada*, 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2^e) 350, dans lequel la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a jugé que la divulgation par inadvertance de renseignements protégés n'entraînait pas automatiquement la perte du privilège et qu'il faut davantage pour que la communication protégée soit admissible (*Khawaja*, précité, au paragraphe 109; *Chapelstone*, précité, au paragraphe 55).

[40] The Court in *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80 (*Khadr*), considered the scenario of if and when inadvertent disclosure could waive national security privilege. The Court concluded that the approach to determine if a document should not be disclosed to the public is the same for all documents whether or not the information was released inadvertently.

[41] I agree with the assertion of the applicant that a case-by-case determination of privilege must be made when documents are inadvertently disclosed (*Khawaja*, above, at paragraph 109).

[42] Having considered the unique circumstances of this motion, I conclude that the claim to national security privilege over the portions of the disputed documents at issue was not lost by the inadvertent disclosure of them. While the Minister acknowledges that unredacted copies of the disputed documents should never have been sent to the applicant's counsel, it was not done intentionally, and there is nothing before me that would give rise to the "circumstances" discussed in *Khawaja* and *Khadr* that would necessitate the waiver of privilege to the disputed documents. The importance of protecting national security does not end when a mistake is made which results in inadvertent disclosure of information. It is in the interest of the public to ensure that national security information is kept confidential and that, in the event of an "inadvertent" error, there are procedures in place to restore that confidentiality.

(3) Is national security privilege an exception to the open court principle?

[43] The applicant argues that national security privilege is contrary to the "open court principle" requiring "public openness, both in the proceedings of the dispute, and in the material that is relevant to its resolution"

[40] Dans l'affaire *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (*Khadr*), la Cour s'est penchée sur la question de savoir dans quel cas la divulgation par inadvertance emportait renonciation au privilège fondé sur la sécurité nationale. La Cour a conclu que la méthode à suivre pour déterminer si un document ne devait pas être divulgué au public était la même pour tous les documents et ce, que les renseignements aient été divulgués ou non par inadvertance.

[41] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire qu'il faut déterminer au cas par cas si la divulgation par inadvertance entraîne la perte du privilège (*Khawaja*, précité, au paragraphe 109).

[42] Après avoir tenu compte des circonstances particulières de la présente requête, je conclus que le privilège fondé sur la sécurité nationale qui est revendiqué sur les passages des documents contestés en litige n'a pas été perdu par suite de leur divulgation par inadvertance. Bien que le ministre reconnaisse que les versions non expurgées des documents contestés n'auraient jamais dû être transmises à l'avocate du demandeur, cette mesure n'a pas été prise intentionnellement et je ne dispose d'aucun élément qui me permettrait de penser que nous sommes en présence de « circonstances » comme celles dont il était question dans les affaires *Khawaja* et *Khadr* et qui emporteraient renonciation au privilège sur les documents contestés. L'importance que revêt la protection de la sécurité nationale ne s'évanouit pas lorsqu'une erreur se solde par la divulgation par inadvertance de renseignements. Il est dans l'intérêt du public d'assurer la confidentialité des renseignements intéressant la sécurité nationale et de faire en sorte qu'advenant le cas où ils seraient divulgués « par inadvertance », il existe des moyens de les rendre de nouveau confidentiels.

3) Le privilège fondé sur la sécurité nationale constitue-t-il une exception au principe de la publicité des débats judiciaires?

[43] Le demandeur soutient que le privilège fondé sur la sécurité nationale va à l'encontre du principe de la publicité des débats judiciaires, qui exige « la transparence, tant dans la procédure suivie que dans les

(*Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, at paragraph 1).

éléments pertinents à la solution du litige » (*Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522, au paragraphe 1).

[44] There are clear exceptions to the “open court principle”, and national security privilege is one such exception (*Ugbazghi*, above, at paragraphs 24–28).

[44] Il existe des exceptions claires au principe de la publicité des débats judiciaires et le privilège fondé sur la sécurité nationale en est une (*Ugbazghi*, précité, aux paragraphes 24 à 28).

C. *Issue 3: Should the Court designate a special advocate to advance the interests of the applicant?*

C. *Question 3 : La Cour devrait-elle désigner un avocat spécial pour défendre les intérêts du demandeur?*

[45] The applicant argues that if there is to be evidence led and submissions made *in camera* and *ex parte*, the Court should appoint a special advocate to the applicant pursuant to section 87.1 of IRPA.

[45] Le demandeur affirme que, si des éléments de preuve doivent être présentés et des observations formulées à huis clos et *ex parte*, la Cour devrait nommer un avocat spécial pour défendre les intérêts du demandeur conformément à l'article 87.1 de la LIPR.

[46] The applicant is aware that the appointment of a special advocate is discretionary. However, the applicant asserts that the discretion ought to be exercised positively where considerations of fairness require it. The applicant submits that, in this case, considerations of fairness require the appointment of a special advocate.

[46] Le demandeur est conscient du fait que la nomination d'un avocat spécial est une décision discrétionnaire. Il affirme toutefois que ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en sa faveur lorsque des considérations d'équité l'exigent. Le demandeur affirme qu'en l'espèce, des considérations d'équité requièrent la nomination d'un avocat spécial.

[47] The applicant argues that his rights pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) are engaged, in that this is part of the overall decision which could lead to his removal to face persecution and torture in Sri Lanka. The applicant refers to the decision of *Charkaoui*, above, where the Supreme Court specifically emphasized that non-disclosure and breach of fairness in a proceeding that could lead to removal to harm would violate an individual's Charter rights.

[47] Le demandeur affirme que les droits que lui reconnaît l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), entrent en jeu étant donné que la mesure en question s'inscrit dans le cadre d'une décision générale qui pourrait se solder par son renvoi du Canada, ce qui l'exposerait au risque d'être persécuté et torturé au Sri Lanka. Le demandeur cite l'arrêt *Charkaoui*, précité, dans lequel la Cour suprême a souligné que la non-divulgaration et le manquement à l'équité dans le cadre d'une procédure susceptible de se solder par un renvoi porteraient atteinte aux droits que la Charte reconnaît à la personne en cause.

[48] Section 87.1 of IRPA states:

[48] L'article 87.1 de la LIPR dispose :

Special
advocate

87.1 If the judge during the judicial review, or a court on appeal from the judge's decision, is of the opinion that considerations of fairness and natural justice require that a special advocate be appointed to protect the interests of the permanent resident or foreign national, the judge or court shall appoint a special advocate from the list referred to in subsection 85(1). Sections 85.1 to 85.5 apply to the proceeding with any necessary modifications.

[49] As noted in *Farkhondehfall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1064, at paragraph 29, the appointment of a special advocate is within the discretion of the designated judge:

While the amendments made to *IRPA* in the wake of the *Charkaoui* decision made the appointment of special advocates mandatory in security certificate proceedings, the appointment of special advocates in other types of cases under the Act is left to the discretion of the designated judge.

[50] Recently, Justice de Montigny, in *Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, at paragraphs 43–56 canvassed the requirements that a court should consider when determining whether the appointment of a special advocate is necessary in a non-security certificate case. In that case, Justice de Montigny concluded that a special advocate was not necessary to assist in the section 87 non-disclosure motion. In reaching this conclusion, Justice de Montigny considered a number of factors:

1. Injury: Would disclosure be injurious to national security or endanger the safety of any person?
2. Immediate impact: Would the Minister's decision have a limited immediate impact on the applicant's life, liberty and security interests?
3. Convention refugee: Has the applicant already been found to be a Convention refugee?

Avocat
spécial

87.1 Si le juge, dans le cadre du contrôle judiciaire, ou le tribunal qui entend l'appel de la décision du juge est d'avis que les considérations d'équité et de justice naturelle requièrent la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger, il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à ce titre dans le cadre de l'instance. Les articles 85.1 à 85.5 s'appliquent alors à celle-ci avec les adaptations nécessaires.

[49] Ainsi que la Cour l'a fait observer dans la décision *Farkhondehfall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1064, au paragraphe 29, la désignation d'un avocat spécial est une mesure qui relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné :

[TRADUCTION] Bien qu'à la suite des modifications apportées à la LIPR dans la foulée de l'arrêt *Charkaoui*, la nomination d'un avocat spécial soit devenue obligatoire dans les instances relatives aux certificats de sécurité, cette mesure est laissée à la discrétion du tribunal dans les autres types d'instances visées par la Loi.

[50] Récemment, dans le jugement *Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423, aux paragraphes 43 à 56, le juge de Montigny a analysé les exigences dont le tribunal devrait tenir compte pour décider si la désignation d'un avocat spécial est nécessaire dans une affaire ne portant pas sur la délivrance d'un certificat de sécurité. Dans ce jugement, le juge de Montigny a conclu qu'il n'était pas nécessaire de désigner un avocat spécial pour faciliter l'examen d'une requête en interdiction de divulgation fondée sur l'article 87. Pour arriver à cette conclusion, le juge de Montigny a tenu compte de plusieurs facteurs :

1. Atteinte : La divulgation porterait-elle atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui?
2. Incidence immédiate : La décision du ministre aurait-elle une incidence limitative immédiate sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité du demandeur?
3. Réfugié au sens de la Convention : La qualité de réfugié au sens de la Convention a-t-elle déjà été reconnue au demandeur?

4. Type of application: Is this a denial of a ministerial relief application or a security certificate?

5. Extent of non-disclosure: Is the extent of the non-disclosure limited?

6. Materiality: What is the materiality or probity of the information in question?

[51] In the motion before me, almost all of the factors weigh against the appointment of a special advocate. As noted above, I have concluded that disclosure of the unredacted disputed documents would be injurious to national security. Secondly, a judicial review of a denial of ministerial relief under subsection 34(2) [of IRPA] differs substantially from both a judicial determination concerning the reasonableness of a security certificate and a judicial review of the detention of a person subject to a security certificate (*Segasayo*, above, at paragraph 28). Further, in this case, a determination has not been made as to whether the applicant will be denied ministerial relief. In my view, the information sought to be protected is minimal. At this stage, it is uncertain whether this information will be relied upon by the Minister in the ministerial relief application. Finally, the applicant is not facing imminent removal and is not being detained.

[52] Considering all of the factors above, I conclude that the considerations of fairness and natural justice do not require that a special advocate be appointed to protect the interests of the applicant.

V. Conclusion

[53] In conclusion, I am satisfied that the motion of the Minister should be granted. As I understand the situation, the parties have complied with the order of Justice Hughes. There is no need to repeat, in my order, those matters that have already been addressed.

4. Type de demande : S'agit-il du refus d'accorder une dispense ministérielle ou d'un certificat de sécurité?

5. Étendue de l'interdiction de divulgation : L'étendue de l'interdiction de divulgation est-elle limitée?

6. Caractère substantiel : Quel est le caractère substantiel ou probant des renseignements en cause?

[51] Dans la requête dont je suis saisie, presque tous les facteurs militent contre la désignation d'un avocat spécial. Ainsi que je l'ai déjà signalé, j'ai conclu que la divulgation des documents contestés non expurgés porterait atteinte à la sécurité nationale. Deuxièmement, le contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser d'accorder la dispense prévue au paragraphe 34(2) [de la LIPR] diffère considérablement de la décision judiciaire concernant le caractère raisonnable du certificat de sécurité et du contrôle judiciaire de la décision de détenir une personne visée par un certificat de sécurité (*Segasayo*, précité, au paragraphe 28). De plus, dans le cas qui nous occupe, aucune décision n'a encore été rendue sur la question de savoir si le demandeur se verra refuser la dispense ministérielle qu'il sollicite. À mon avis, les renseignements qu'on cherche à protéger sont minimaux. Pour le moment, on ne sait pas avec certitude si le ministre se servira de ces renseignements pour répondre à la demande de dispense ministérielle. Enfin, le demandeur n'est pas exposé à un renvoi imminent et il n'est pas détenu.

[52] Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que les considérations d'équité et de justice naturelle n'exigent pas la nomination d'un avocat spécial en vue de la défense des intérêts du demandeur.

V. Dispositif

[53] En conclusion, je suis convaincue qu'il y a lieu de faire droit à la requête du ministre. Si j'ai bien compris la situation, les parties se sont conformées à l'ordonnance du juge Hughes. Il n'est pas nécessaire que je répète dans mon ordonnance les questions qui ont déjà été examinées.

[54] Given that the context of this motion is under the provisions of IRPA, I asked counsel at the end of oral submissions whether there was a question for certification. I declined a request to defer that issue until after my reasons were released. As observed by the Federal Court of Appeal in *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, “a serious question of general importance arises from the issues in the case and not from the judge’s reasons” (at paragraph 29). I gave the applicant until Friday, October 22, 2010 and the Minister until Tuesday, October 26, 2010 to provide submissions on any proposed certified question.

[55] Applicant’s counsel’s submissions were not received until October 25, 2010. Her reasons for filing late were totally inadequate. The Court does not set deadlines so that they may be ignored. However, in any event, although the late-filed letter contained some musings, the letter concluded by stating that: “So at this point there are no issues for which certification is being sought”.

[56] In responding submissions (that were delayed due to the lateness of the applicant’s counsel’s submissions), counsel for the Minister indicated that it might be premature to certify a question but that “it may be prudent to certify a question pertaining to the appropriate or preferable procedure to follow in the circumstances”. The vagueness of this request does not assist the Court.

[57] Given the unique circumstances that arise on this motion, I am satisfied that there is no question of general importance for certification.

ORDER

THIS COURT ORDERS, DECLARES AND DIRECTS that:

[54] Comme la présente requête concerne la LIPR, j’ai demandé aux avocats à la fin de leurs plaidoiries de me préciser s’il y avait une question à certifier. J’ai refusé de reporter l’examen de cette question jusqu’à ce que mes motifs soient publiés. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a fait observer dans l’arrêt *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, « une question grave de portée générale découle des questions en litige dans l’affaire et non des motifs du juge » (au paragraphe 29). J’ai donné au demandeur jusqu’au vendredi 22 octobre 2010 et au ministre jusqu’au mardi 26 octobre 2010 pour me soumettre leurs observations sur toute question dont la certification serait proposée.

[55] Les observations de l’avocate du demandeur n’ont été reçues que le 25 octobre 2010. Les raisons qu’elle a invoquées pour justifier ce dépôt tardif étaient totalement insuffisantes. La Cour ne fixe pas des délais pour qu’ils soient ignorés. Toutefois, en tout état de cause, malgré le fait qu’elle renferme des suppositions, la lettre déposée tardivement se termine par l’affirmation suivante : [TRADUCTION] « Il n’y a donc pour le moment aucune question dont la certification est demandée ».

[56] Dans les observations qu’elle a formulées en réponse (et dont la présentation a été retardée en raison du retard qu’accusait le dépôt des observations de l’avocate du demandeur), l’avocat du ministre a expliqué qu’il serait peut-être prématuré de certifier une question, mais qu’[TRADUCTION] « il serait peut-être prudent de certifier une question au sujet de la procédure préférable ou appropriée à suivre dans les circonstances ». Le caractère vague de cette demande n’aide pas la Cour.

[57] Compte tenu des circonstances particulières de la présente requête, je suis convaincue que la présente affaire ne soulève aucune question grave de portée générale à certifier.

ORDONNANCE

LA COUR :

-
- | | |
|--|---|
| <p>1. the order of Justice Hughes, dated September 2, 2010, is confirmed;</p> <p>2. the national security claim of privilege over those portions of the disputed documents, as asserted by the Minister, is upheld;</p> <p>3. to the extent that any of the following steps have not been taken, the Court orders that:</p> <ul style="list-style-type: none">• the applicant seal and return to the Minister, through his counsel, any paper copy of the unredacted disputed documents;• the applicant destroy any electronic copy of the unredacted disputed documents in the control or possession of the applicant or his counsel; and• the applicant and his counsel destroy any notes in their possession or control relating to the redacted portions of the disputed documents. <p>4. the unredacted disputed documents, that currently are in a sealed envelope filed with the Court and that form part of this Court file, are to be returned by the registry to the Minister's counsel; and</p> <p>5. no question of general importance is certified.</p> | <p>1. CONFIRME l'ordonnance rendue par le juge Hughes le 2 septembre 2010;</p> <p>2. CONFIRME le privilège fondé sur la sécurité nationale revendiqué par le ministre sur certains passages des documents contestés;</p> <p>3. ORDONNE, dans la mesure où les mesures suivantes n'ont pas encore été prises :</p> <ul style="list-style-type: none">• au demandeur de sceller et de retourner au ministre, par l'intermédiaire de son avocate, toute copie papier des documents contestés non expurgés;• au demandeur de détruire toute copie électronique des documents contestés non expurgés se trouvant sous le contrôle ou en la possession du demandeur ou de son avocate;• au demandeur et à son avocate de détruire les notes qui se trouvent en leur possession ou sous leur contrôle et qui se rapportent aux passages expurgés des documents contestés. <p>4. ORDONNE que les documents contestés non expurgés qui se trouvent présentement dans une enveloppe scellée déposée à la Cour et qui ont été versés au dossier de la Cour soient retournés par le greffier à l'avocat du ministre;</p> <p>5. DÉCLARE qu'aucune question grave de portée générale n'est certifiée.</p> |
|--|---|