

A-520-15
2016 FCA 195

A-520-15
2016 CAF 195

The Attorney General of Canada (*Appellant*)

Le procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy A Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court of Appeal, Gauthier, Scott and de Montigny J.J.A.—Ottawa, June 14 and July 8, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Scott et de Montigny, J.C.A.—Ottawa, 14 juin et 8 juillet 2016.

Security Intelligence — Disclosure of information — Human sources — Appeal from Federal Court decision concluding that application of Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 18.1 in particular circumstances herein invalid — Respondents suing for damages arising from alleged breach of their rights, freedoms under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Appellant refusing to identify covert human sources of CSIS — Commencing application (DES-1-11) under Canada Evidence Act (CEA), s. 38 relating to respondents' request for disclosure of all relevant documents — New CSIS Act, s. 18.1, giving new statutory class privilege to human sources — Federal Court concluding, inter alia, application of s. 18.1 to human source that provided information before date of enactment having retrospective effect, respondents having vested right to disclosure at time s. 18.1 brought into force — Whether s. 18.1 intended to be applied retrospectively or prospectively; whether presumption against interference with vested rights rebutted — S. 18.1 applicable to CEA, s. 38 proceeding in DES-1-11 — S. 18.1 not intended to have retroactive effect, not merely procedural rule of evidence — Creating substantive right in favour of human sources, exception to right of public "to every person's evidence" — Trumping public interest in disclosure of all evidence by taking it out of

Renseignement de sécurité — Communication de renseignements — Sources humaines — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ayant conclu que l'application de l'art. 18.1 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (la Loi sur le SCRS) dans les circonstances particulières de l'espèce était invalide — Les intimés ont intenté une poursuite en dommages-intérêts découlant de la violation alléguée des droits et libertés que leur garantit la Charte canadienne des droits et libertés — L'appellant a refusé d'identifier les sources humaines secrètes du SCRS — Il a introduit une demande (DES-1-11) en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (la LPC) relative à la demande de communication de tous les documents pertinents faite par les intimés — Le nouvel art. 18.1 de la Loi sur le SCRS a créé un nouveau privilège générique pour les sources humaines — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'application de l'art. 18.1 aux sources humaines qui ont fourni des informations avant la date d'adoption du texte législatif donnerait un effet rétrospectif à ce texte et que les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi au moment où l'art. 18.1 est entré en vigueur — Il s'agissait de savoir si l'art. 18.1 devait s'appliquer rétrospectivement ou prospectivement et si la présomption

Federal Court jurisdiction under CEA, s. 38 — This interpretation consistent with legislator's intent to protect human sources, encourage individuals to provide information to CSIS — Once individual meeting criteria set out in CSIS Act, s. 2, that individual considered a source, keeping that status on ongoing basis — New provisions meant to apply to ongoing situation, i.e. status as human source; presumption against retrospective application of statutory provisions under review not in play — Presumption against interference with vested rights rebutted herein — S. 18.1 filling perceived gap in common law privilege, giving greater protection to CSIS's human sources — Amendments not redundant — Legislator balancing relevant factors, finding public interest in non-disclosure of information trumping all other rights, subject to CSIS Act, s. 18.1(4)(b) — Legislator intending to protect disclosure of information described in s. 18.1 in all proceedings — Impossible to conclude that Parliament intending to leave possibility of disclosure open — Interference with rights under review not arbitrary, unfair — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court decision concluding that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) in the particular circumstances of this case would be invalid.

The respondents instituted civil proceedings before the Ontario Superior Court to claim damages arising from an alleged breach of their rights and freedoms protected under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant refused to produce information that would identify covert human sources of CSIS. As a result, it commenced an application (DES-1-11) pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA) that related to the respondents' request for disclosure of all relevant documents. Over the course of the section 38 proceeding, amendments were made to the CSIS Act and other Acts. The amendments at issue in this appeal were made in response to developments in the case law that indicated that CSIS's human sources did not benefit from the common law absolute privilege afforded to police informers. The new section 18.1 replaced the former rule that

de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée — L'art. 18.1 s'appliquait à l'instance soulevant l'application de l'art. 38 de la LPC dans le dossier DES-1-11 — L'art. 18.1 n'est pas destiné à avoir un effet rétroactif et ne prévoit pas une règle de preuve de nature procédurale — L'art. 18.1 confère un droit substantiel aux sources humaines ainsi qu'une exception au droit du public à la « preuve émanant de toutes les sources » — L'art. 18.1 l'emporte sur l'intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l'art. 38 de la LPC confère à la Cour fédérale — Cette interprétation cadre avec le choix du législateur qui est de protéger les sources humaines et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS — Dès lors qu'une personne physique répond aux critères énoncés à l'art. 2 de la Loi sur le SCRS, elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue — Les nouvelles dispositions sont destinées à s'appliquer à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine; la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n'était pas en jeu — La présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée en l'espèce — L'art. 18.1 comble une lacune apparente en ce qui a trait au privilège de common law et accorde une plus grande protection aux sources humaines du SCRS — Le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l'intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d'informations doit l'emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l'art. 18.1(4)(b) de la Loi sur le SCRS — Le législateur avait l'intention d'interdire la communication des informations indiquées à l'article 18.1 dans toutes les instances — Il est impossible de conclure que le législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication — L'atteinte aux droits en cause n'était ni arbitraire ni injuste — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale ayant conclu que l'application de l'article 18.1 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi sur le SCRS) dans les circonstances particulières de l'espèce était invalide.

Les intimés ont intenté une poursuite devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vue de réclamer des dommages-intérêts découlant de la violation alléguée des droits et libertés que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'appelant a refusé de produire des renseignements qui identifieraient des sources humaines secrètes du SCRS. Par conséquent, il a introduit une demande (DES-1-11) en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) qui se rapportait à la demande relative à la communication de tous les documents pertinents faite par les intimés. Au cours de l'instruction de la présente instance, qui soulève l'application de l'article 38, des modifications ont été apportées à la Loi sur le SCRS et à d'autres lois. Les modifications faisant l'objet du présent litige ont été apportées en réponse à l'évolution de la jurisprudence portant que les sources

applied to CSIS human sources by deleting the reference to such sources in former subsection 18(1) of the CSIS Act. Former subsection 18(2) allowed the application of section 38 of the CEA up until the amendments were introduced. The Federal Court concluded, *inter alia*, that to apply section 18.1 to a human source that provided information several years before the date of the enactment would be to give the legislation a retrospective effect, and that section 18.1 establishes a new class privilege that creates substantive rights for human sources and is not merely a rule of evidence or procedure. The Federal Court stated that the application of section 18.1 could have an adverse effect on the respondents' ability to establish their claims before the Ontario Superior Court. The Federal Court could not accept that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. Rather, the respondents had a right to discovery as part of the civil trial process "from the outset". The Federal Court was satisfied that at the time section 18.1 was brought into force, the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceeding.

The main issues were (1) whether section 18.1 of the CSIS Act was intended to be applied retrospectively (i.e. whether it deals with the future legal effect of a situation that has completely arisen before its enactment) or prospectively (i.e. whether it deals with the future legal effect of an ongoing situation, including an individual's status as a human source); and (2) whether the presumption against interference with vested rights was rebutted.

Held, the appeal should be allowed.

Section 18.1 of the CSIS Act was applicable to the section 38 proceeding in DES-1-11.

Section 18.1 is not intended to have retroactive effect, i.e., to affect the past legal effects of a situation that has completely arisen in the past. It is also not merely a procedural rule of evidence. Although some of the provisions in section 18.1 deal with the applicable procedure, it does create a substantive right in favour of human sources based on the status of the individuals and their special relationship with CSIS. Section 18.1 creates an exception to the right of the public "to every person's evidence". It trumps the public interest in the disclosure of all the evidence by taking it out of the Federal Court jurisdiction under section 38 of the CEA. This interpretation is the only one consistent with the legislator's choice to include a specific paragraph spelling out clearly that the

humaines du SCRS ne bénéficiaient pas du privilège absolu qu'accorde la common law aux indicateurs de police. Le nouvel article 18.1 a remplacé la règle antérieure qui s'appliquait aux sources humaines du SCRS en supprimant la mention de ces sources à l'ancien paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS. L'ancien paragraphe 18(2) permettait l'application de l'article 38 de la LPC jusqu'à l'introduction des modifications. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que d'appliquer l'article 18.1 aux sources humaines qui ont fourni des informations plusieurs années avant la date d'adoption du texte législatif donnerait un effet rétrospectif à ce texte, et que l'article 18.1 établit un nouveau privilège générique qui crée des droits substantiels pour les sources humaines et ne constitue pas une simple règle de preuve ou de procédure. La Cour fédérale a indiqué que l'application de l'article 18.1 pourrait nuire à la faculté pour les intimés de prouver leurs allégations devant la Cour supérieure. La Cour fédérale ne pouvait pas accepter que, dans un examen mené en application de l'article 38, le droit d'obtenir des informations ne soit acquis qu'au moment même où celles-ci sont communiquées. Dans la cadre du processus judiciaire civil, les intimés disposaient plutôt « dès le début » d'un droit à la communication. La Cour fédérale a conclu qu'au moment où l'article 18.1 est entré en vigueur, les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi pour la durée de l'instance dont l'instruction soulevait l'application de l'article 38.

Il s'agissait principalement de savoir 1) si l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS devait s'appliquer rétrospectivement (c.-à-d., s'il porte sur l'effet juridique futur d'une situation qui est survenue entièrement avant son adoption) ou prospectivement (c.-à-d., s'il porte sur l'effet juridique futur d'une situation en cours, comme le statut d'une personne physique à titre de source humaine); et 2) si la présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'appliquait à l'instance qui soulève l'application de l'article 38 de la LPC dans le dossier DES-1-11.

L'article 18.1 n'est pas destiné à avoir un effet rétroactif, c'est-à-dire influencer sur les conséquences juridiques passées d'une situation qui est survenue entièrement dans le passé. L'article 18.1 ne prévoit pas simplement une règle de preuve de nature procédurale. Bien que certaines dispositions de l'article 18.1 portent sur la procédure applicable, l'article confère un droit substantiel aux sources humaines découlant de leur statut et de leur relation particulière avec le SCRS. L'article 18.1 crée une exception au droit du public à la « preuve émanant de toutes les sources ». L'article 18.1 l'emporte sur l'intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l'article 38 de la LPC confère à la Cour fédérale. Cette interprétation est

purpose of the provision is to protect the life and security of human sources and to encourage individuals to provide information to CSIS.

As to whether the presumption against retrospectivity was in play, the fact that a statutory provision is meant to attach consequences to a status or an ongoing situation is very different from when it is intended to deal with the future or past legal effect of an event that has completely arisen in the past. This important step was not considered by the Federal Court, which focused on the fact that in this case the individual events that brought about the relationship between an individual and CSIS took place long before section 18.1 was enacted. There was no real need to include a definition of “human source” in the CSIS Act. When the wording of the definition is considered in context, the intention of the legislator is clear. Once an individual meets the criteria set out at section 2 (wherein “human source” is defined), he or she is a source and he or she keeps that status on an ongoing basis. It is “being” a source that brings about the legal consequences set out in section 18.1, even if the relationship that brought about this status was created before the enactment of the CSIS Act. Considering that the new provisions are meant to apply to an ongoing situation, that is, the status as a human source, the presumption against the retrospective application of the statutory provisions under review was not in play.

The presumption against interference with vested rights was rebutted in this case. When one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA. The purpose of the new section 18.1 is to give greater protection to CSIS’s human sources. It could not be said that the amendments were redundant and brought nothing over and above the protection afforded pursuant to section 38 of the CEA. The legislator does not speak unnecessarily and the new legislation is presumed to be remedial. The new statutory provisions were meant to fill a perceived gap after it was confirmed by the Supreme Court that the absolute common law privilege protecting police informers did not apply to CSIS human sources. The adoption of section 18.1 signals that the legislator has balanced all the relevant factors and found that the public interest in the non-disclosure of this specific and somewhat limited type of information must trump all other rights, subject to paragraph 18.1(4)(b) of the CSIS Act. The legislator intended to protect the disclosure of the information described in section 18.1 in all proceedings. It is difficult, if not impossible, to conclude that Parliament would have intended to leave the possibility of a disclosure

la seule qui cadre avec le choix du législateur d’inclure un paragraphe précis qui indique clairement que l’objet de la disposition est de protéger la vie et la sécurité des sources humaines et d’encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS.

Quant à savoir si la présomption de non-rétrospectivité était en jeu, le fait qu’une disposition législative vise à attacher des conséquences à un statut ou à une situation en cours est très différent de la situation où une disposition prévoit les conséquences juridiques futures ou passées d’un événement qui est survenu entièrement dans le passé. Cette étape importante n’a pas été examinée par la Cour fédérale, qui a surtout accordé du poids en l’espèce au fait que les faits ayant engendré la relation entre une personne et le SCRS s’étaient déroulés bien avant l’adoption de l’article 18.1. Il n’était pas réellement nécessaire d’inclure une définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS. Lorsque le libellé de la définition est examiné dans son contexte, l’intention du législateur est claire. Dès lors qu’une personne physique répond aux critères énoncés à l’article 2 (où l’expression « source humaine » est définie), elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue. C’est l’« état » de source qui produit les conséquences juridiques décrites à l’article 18.1, même si la relation ayant donné lieu à ce statut a été établie avant l’adoption de la Loi sur le SCRS. Étant donné que les nouvelles dispositions sont destinées à s’appliquer à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine, la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n’était pas en jeu.

La présomption de non-atteinte aux droits acquis a été réfutée en l’espèce. Lorsque l’on examine le contexte historique et l’évolution législative de l’article 38 de la LPC et de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l’application de l’article 38 de la LPC. Le nouvel article 18.1 vise à accroître la protection des sources humaines du SCRS. On ne peut dire que les modifications étaient redondantes et qu’elles n’ajoutaient rien de plus à la protection accordée au titre de l’article 38 de la LPC. Le législateur ne parle pas inutilement et le nouveau texte législatif est présumé apporter une solution de droit. Les nouvelles dispositions législatives étaient destinées à combler une lacune apparente après que la Cour suprême eut confirmé que le privilège absolu de common law accordé aux indicateurs de police ne s’appliquait pas aux sources humaines du SCRS. L’adoption de l’article 18.1 signifie que le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l’intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d’informations doit l’emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l’alinéa 18.1(4)b). Le législateur avait l’intention d’interdire la communication des informations indiquées à l’article 18.1 dans toutes les instances. Il est difficile, voire impossible, de conclure que le

open because in the legislator's view, disclosure could have a direct impact on the life and security of human sources. The interference with the rights under review was not in this case arbitrary, nor was it unduly unfair.

législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication car, selon le législateur, la communication pourrait avoir une incidence directe sur la vie et la sécurité des sources humaines. L'atteinte aux droits en cause n'était en l'espèce ni arbitraire ni injuste.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-44, *An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts* (assented to April 23, 2015), S.C. 2015, c. 9.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38–38.16.
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].
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “human source”, 18(1),(2), 18.1.
Protection of Canada from Terrorists Act, S.C. 2015, c. 9.

CASES CITED

APPLIED:

Dikranian v. Quebec (Attorney General), 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, revd 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, (1984), 12 D.L.R. (4th) 641; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81.

REFERRED TO:

Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue, [1977] 1 S.C.R. 271, (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

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].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 à 38.16.
Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, ch. 9.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « source humaine », 18(1),(2), 18.1.
 Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois* (sanctionné le 23 avril 2015), L.C. 2015, ch. 9.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dikranian c. Québec (Procureur général), 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, inf. par 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81.

DÉCISIONS CITÉES :

Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1977] 1 R.C.S. 271; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050.

DOCTRINE CITÉE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Côté, Pierre-André. “La position temporelle des faits juridiques et l’application de la loi dans le temps” (1988), 22 *R.J.T.* 207.

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

Driedger, Elmer A. “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. B. Rev.* 265.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1278, [2016] 4 F.C.R. 66) concluding that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* in the particular circumstances of this case would be “invalid”. Appeal allowed.

APPEARANCES

Christopher Rupar and Derek Rasmussen for appellant.

Barbara L. Jackman for respondents.

John Norris as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Jackman, Nazami & Associates, Toronto and
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, for respondents.

John Norris as *amicus curiae*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GAUTHIER J.A.: The Attorney General of Canada (AGC) appeals from the decision of Justice Richard Mosley of the Federal Court (the Judge), who concluded that the application of section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) in the particular circumstances of this case would be “invalid” (2015 FC 1278, [2016] 4 F.C.R. 66 [reasons]). More particularly, the Judge found that section 18.1 was not merely a procedural rule of evidence, that it would have a retrospective application, and that applying it would affect the vested rights of the respondents in the disclosure of the information identifying the human source involved in this matter, subject only to the weighing of the factors provided for at section 38 and

Côté, Pierre-André. « La position temporelle des faits juridiques et l’application de la loi dans le temps » (1988), 22 *R.J.T.* 207.

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

Driedger, Elmer A. « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 265.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1278, [2016] 4 R.C.F. 66) ayant conclu que l’application de l’article 18.1 de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité* dans les circonstances particulières de l’espèce était invalide. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Christopher Rupar et Derek Rasmussen pour l’appelant.

Barbara L. Jackman pour les intimés.

John Norris à titre d’*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le procureur général du Canada pour l’appelant.
Jackman, Nazami & Associates, Toronto et
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, pour les intimés.

John Norris à titre d’*amicus curiae*.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Le procureur général du Canada (PGC) interjette appel de la décision rendue par le juge Richard Mosley de la Cour fédérale (le juge), qui a conclu que l’application de l’article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) serait « invalide » dans les circonstances particulières de l’espèce (2015 CF 1278, [2016] 4 R.C.F. 66 [motifs]). Plus précisément, le juge a conclu que l’article 18.1 ne prévoyait pas simplement une règle de preuve de nature procédurale, mais qu’il aurait une application rétrospective et que son application porterait atteinte aux droits acquis des intimés à la communication d’informations susceptibles de découvrir l’identité de la source humaine mêlée

following of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). I note that reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 of the CEA.

[2] The finding of the Judge in respect of the application of subsection 18(1) of the CSIS Act is not the subject of the appeal. Thus, the question involving the redacted information relating to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) employees will be dealt with in the section 38 proceeding in accordance with the Judge's finding at paragraph 55 of his reasons.

[3] It is worth mentioning immediately that this appeal only requires the application of well-established principles of statutory interpretation to the particular provision under review. That said, this does not mean that the question before us is easy, for it concerns the temporal application of the new statutory class privilege given to CSIS human sources pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. As noted by Professors Côté, Beaulac and Devinat in *Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011), at page 116, transitional law is one of the most difficult fields in law.

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal.

I. Background

[5] The general background and relevant procedural history of the civil proceedings instituted by Messrs. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin and certain family members (collectively referred to as the respondents), and the ensuing applications made by the AGC under section 38 of the CEA, are fully set out in the Judge's reasons (see paragraphs 14 to 36).

[6] For our purposes, it is sufficient to say that more than ten years ago, the respondents instituted civil proceedings before the Ontario Superior Court to claim

à la présente affaire, droits dont l'exercice n'était subordonné qu'à la mise en balance des facteurs énoncés à l'article 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC). Je souligne que la mention de l'article 38 dans les présents motifs renvoie aux articles 38 à 38.16 de la LPC.

[2] La conclusion du juge concernant l'application du paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS ne fait pas l'objet du présent appel. Par conséquent, la question relative aux informations caviardées se rapportant aux employés du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sera traitée dans le cadre de l'instance soulevant l'application de l'article 38, selon la conclusion que tire le juge au paragraphe 55 de ses motifs.

[3] Il convient de mentionner dès le départ que le présent appel ne commande que l'application à la disposition précise en cause de principes d'interprétation législative bien établis. Cela dit, il ne faut pas en conclure que la question dont nous sommes saisis est simple, car elle porte sur l'application dans le temps du nouveau privilège générique accordé aux sources humaines du SCRS par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Côté, Beaulac et Devinat dans leur ouvrage intitulé *Interprétation des lois*, 4^e éd. (Montréal : Thémis, 2009), à la page 128, le droit transitoire est l'un des domaines du droit les plus difficiles.

[4] Pour les motifs suivants, j'accueillerais l'appel.

I. Contexte

[5] Le contexte factuel général et l'historique procédural pertinent des instances civiles intentées par MM. Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin et par certains membres de leur famille (collectivement, les intimés), ainsi que les demandes présentées subséquemment par le PGC en vertu de l'article 38 de la LPC, sont décrits en détail dans les motifs du juge (voir les paragraphes 14 à 36).

[6] Pour les besoins du présent appel, nous pouvons nous limiter à rappeler qu'il y a plus de dix ans, les intimés ont intenté, devant la Cour supérieure de justice de

damages arising from an alleged breach of their rights and freedoms protected under 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).

[7] In the context of mediation attempts, as well as in the course of the pre-trial discovery process after the mediation failed, the AGC produced many redacted documents but refused to produce information that would tend to identify covert human sources of CSIS. Among other things, the AGC invoked the national security privilege.

[8] As a result, the AGC commenced two applications pursuant to section 38 of the CEA. The first application, which related to documents provided in contemplation of mediation, was addressed in file DES-1-10. The second application, which related to the respondents' request for disclosure of all relevant documents after the mediation failed, was addressed in DES-1-11. The DES-1-10 application was disposed of in *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508 (*Almalki* 2010) and *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594 (*Almalki* 2011).

[9] It is over the course of the current section 38 proceeding in DES-1-11, in October 2014, that Bill C-44, an *Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts*, was introduced. It came into effect on April 23, 2015 as the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9. It is generally understood and agreed that the amendments at issue in this appeal were made in response to recent jurisprudential developments which indicated that contrary to CSIS's belief, their human sources did not benefit from the common law absolute privilege afforded to police informers. Indeed, the Supreme Court of Canada noted in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), at paragraph 87, that if this was felt to be desirable, only the legislator could create such a new class privilege. A similar message had been sent by our Court in *Almalki* 2011, at paragraph 34.

l'Ontario, des instances civiles en dommages-intérêts, plaidant la violation des droits et libertés qu'ils tirent 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).

[7] Au cours des tentatives de médiation infructueuses et tout au long de l'enquête préalable à l'instance qui s'est ensuivie, le PGC a produit de nombreux documents caviardés, tout en refusant de produire les informations qui tendraient à découvrir l'identité de sources humaines secrètes du SCRS. Le PGC a notamment invoqué le privilège relatif à la sécurité nationale.

[8] En conséquence, le PGC a présenté deux demandes en vertu de l'article 38 de la LPC. La première demande, qui porte sur les documents communiqués en vue de la médiation, a été traitée dans le dossier DES-1-10. La deuxième, qui se rapporte à la demande des intimés relative à la communication de tous les documents pertinents après l'échec de la médiation, a été traitée dans le dossier DES-1-11. La demande portant le numéro de dossier DES-1-10 a été réglée dans les décisions *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508 (*Almalki* 2010) et *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594 (*Almalki* 2011).

[9] C'est au cours de l'instruction de la présente instance, qui soulève l'application de l'article 38, dans le dossier DES-1-11, que le projet de loi C-44, la *Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois*, a été déposé en octobre 2014. La Loi est entrée en vigueur le 23 avril 2015 sous le titre de *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9. Il est généralement entendu et admis que les modifications en cause dans le présent appel ont été apportées à la suite d'une évolution jurisprudentielle récente portant que, contrairement à ce que croyait le SCRS, ses sources humaines ne bénéficiaient pas du privilège absolu qu'accorde la common law aux indicateurs de police. En effet, la Cour suprême du Canada a souligné dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*), au paragraphe 87, que seul le législateur pouvait créer un nouveau privilège

[10] Consequently, the parties, including the duly appointed *amici*, made oral and written submissions to the Judge with regard to the interpretation and application of the new and revised legislation, which could impact on the Judge's ability to weigh the factors set out in section 38 of the CEA with respect to information that could identify human sources.

II. The Federal Court decision

[11] On November 23, 2015, the Judge issued what he characterized as an interlocutory decision on this important and distinct question. Indeed, the Judge notes at paragraph 63 of his reasons that if section 18.1 applied to the case, "it [would] [effectively] oust [his] jurisdiction ... to adjudicate the disclosure of information which may identify a human source under section 38 of the CEA."

[12] The Judge starts his analysis by stating that there is a strong presumption that the legislator does not intend its laws to apply either retroactively or retrospectively. He mentions that the distinction between retrospectivity and retroactivity can be difficult to ascertain. He then explains that while the parties agree that section 18.1 should not apply retroactively or retrospectively, they differ on whether its application in the proceeding before him would be prospective (see Judge's reasons, at paragraph 63).

[13] It appears that the debate before the Judge was focused on whether section 18.1 was meant to apply to all proceedings, regardless of when they had started, provided there had been no disclosure of the human source information prior to that date. The Judge appears to have accepted the arguments of the respondents that the focus should be on the definition of "human source" at section 2 of the CSIS Act (see paragraph 23 below), because when one applies the definition to this case, it refers to events that took place well before the

générique s'il le jugeait souhaitable. Un message similaire avait été exprimé par notre Cour dans l'arrêt *Almalki* 2011, au paragraphe 34.

[10] En conséquence, les parties, y compris les *amici* dûment nommés, ont présenté leurs observations orales et écrites au juge relativement à l'interprétation et à l'application du nouveau texte législatif révisé, lequel pouvait avoir une incidence sur la faculté pour le juge de soupeser les facteurs énoncés à l'article 38 de la LPC relativement aux informations susceptibles de découvrir l'identité des sources humaines.

II. La décision de la Cour fédérale

[11] Le 23 novembre 2015, le juge rend une décision qu'il qualifie d'interlocutoire sur cette question importante et distincte. Le juge souligne au paragraphe 63 de ses motifs que si l'article 18.1 devait s'appliquer à l'affaire, « il écartera[it] la compétence dont dispose la Cour en vertu de l'article 38 de la LPC de statuer sur la question de la communication des informations qui peuvent permettre d'identifier une source humaine ».

[12] Le juge entreprend son analyse en déclarant qu'il existe une forte présomption selon laquelle le législateur n'entend pas que ses lois s'appliquent rétroactivement ou rétrospectivement. Il mentionne qu'il peut être difficile d'établir une distinction entre la rétrospectivité et la rétroactivité. Il explique ensuite que bien que les parties s'entendent pour dire que l'article 18.1 ne devrait pas s'appliquer rétroactivement ou rétrospectivement, elles divergent sur la question de savoir si son application en l'espèce serait prospective (voir à cet égard les motifs du juge, au paragraphe 63).

[13] Il appert que les débats devant le juge portaient sur la question de savoir si l'article 18.1 devait s'appliquer à toutes les instances, peu importe le moment où elles avaient été intentées, pourvu qu'il n'y ait pas eu communication des informations relatives à une source humaine avant cette date. Le juge semble avoir retenu les prétentions des intimés selon lesquelles était centrale la définition de « source humaine » à l'article 2 de la Loi sur le SCRS (voir le paragraphe 23 des présents motifs), car l'application de cette définition à l'affaire renvoie à

amendments were adopted. Thus, the respondents argued that the application of section 18.1 would make it at least retrospective, if not retroactive.

[14] Interestingly, the Judge notes that the respondents argued that the AGC seeks to confer new legal status on past events (see Judge's reasons, at paragraph 67), but does not discuss this argument any further before concluding that to apply section 18.1 to a human source that provided information 13 or 14 years before the date of the enactment would be to give the legislation a retrospective effect (see Judge's reasons, at paragraph 72).

[15] In his view, the only question left to be resolved was whether the legislation affects substantive or vested rights. The Judge's approach appears to have been based on paragraph 10 of *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272 (*Dineley*) (see Judge's reasons, at paragraph 61; see also my comments in that regard at paragraphs 30 and 31).

[16] The Judge concludes that section 18.1 established a new class privilege that creates, in his view, substantive rights for human sources. The respondents and the *amici* contended that the right to confidentiality conferred to human sources is substantive, because it stems from a person's status as a source, which is attained as soon as certain events occur (see Judge's reasons, at paragraph 84). They submitted that both the right and status exist irrespective of whether there is litigation. It is on this basis that the Judge finds that section 18.1 could not merely be a rule of evidence or procedure.

[17] Although he does not clearly explain why this is necessary in the context of his analysis, the Judge then goes on to say that without expressing a view on the merits of the allegations in the respondents' civil actions, the Court "[could] reasonably infer" that the application of section 18.1 "could have" an adverse effect on the respondents' ability to establish their claims before the Ontario Superior Court (see Judge's reasons, at paragraph 92).

des faits ayant eu lieu bien avant l'adoption des modifications. Ainsi, les intimés ont fait valoir que l'application de l'article 18.1 serait, sinon rétroactive, du moins rétrospective.

[14] Fait intéressant, le juge signale l'argument des intimés selon qui le PGC cherche à conférer une nouvelle conséquence juridique à des faits antérieurs (voir les motifs du juge, au paragraphe 67), sans toutefois s'attarder davantage à cette question, avant de conclure qu'en appliquant l'article 18.1 à une source humaine ayant fourni de l'information 13 ou 14 ans avant l'adoption du texte législatif, on donnerait un effet rétrospectif à ce dernier (voir les motifs du juge, au paragraphe 72).

[15] Selon le juge, la seule question qui reste à trancher est de savoir si la loi porte atteinte à des droits substantiels ou acquis. Son analyse semble être fondée sur le paragraphe 10 de l'arrêt *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272 (*Dineley*) (voir les motifs du juge, au paragraphe 61; voir également mes commentaires à cet effet aux paragraphes 30 et 31).

[16] Le juge conclut que l'article 18.1 établit un nouveau privilège générique qui crée, d'après lui, des droits substantiels pour les sources humaines. Les intimés et les *amici* ont soutenu que le droit à l'anonymat conféré aux sources humaines est un droit substantiel puisqu'il découle du statut d'une personne en tant que source, lequel est obtenu dès la survenance de certains faits (voir les motifs du juge, au paragraphe 84). Ils ont fait valoir que le droit et le statut existent tous les deux, qu'il y ait litige ou non. C'est sur la foi de cet argument que le juge conclut que l'article 18.1 ne peut constituer une simple règle de preuve ou de procédure.

[17] Même s'il n'en explique pas clairement la nécessité pour son analyse, le juge poursuit en affirmant que, sans se prononcer sur le bien-fondé des affirmations contenues dans les actions civiles des intimés, la Cour « peut raisonnablement tirer une conclusion » selon laquelle l'application de l'article 18.1 « pourrait » nuire à la faculté pour les intimés de prouver leurs allégations devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario (voir les motifs du juge, au paragraphe 92).

[18] In the last part of his reasons, the Judge considers an alternative basis for the conclusion that section 18.1 should not be applied. He goes on to review the application of the presumption against interference with vested rights and whether the respondents had a vested right in the disclosure of human source information subject only to a section 38 balancing assessment. At paragraphs 95–98, he sets out the legal principles that he intends to follow. However, it is difficult to ascertain the Judge’s reasoning in respect of the weight given to the presumption, since he mainly discusses arguments dealing with the nature of the rights that would be vested in the respondents, including the fact that his earlier decision in DES-1-10 could not be considered *res judicata* in respect of the new documents involved in DES-1-11. There is little discussion of the legislator’s intent to rebut the presumption.

[19] The Judge mentions that he could not accept that in a section 38 review, the right to information is not vested until the very moment it is disclosed. Rather, in his view, the respondents had a right to discovery as part of the civil trial process “from the outset” (see Judge’s reasons, at paragraph 107). In a section 38 review, the question is whether the information which would normally be disclosed during discovery can be protected from disclosure on public interest grounds.

[20] The Judge then mentions that in his view, he is not dealing with the repeal of an existing statute or even of an existing common law privilege. He found that *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, was of little help given that it was dealing with an income tax issue and the analogy with this case was weak. For him, it was overreaching to compare the right to disclosure in an ongoing proceeding with the right to a specific tax exemption where annual changes ought to have been anticipated by taxpayers.

[18] Dans la dernière partie de ses motifs, le juge prend en considération un argument subsidiaire pour conclure que l’article 18.1 ne devrait pas s’appliquer. Il poursuit en examinant l’application de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis, puis en se demandant si les intimés avaient un droit acquis en ce qui a trait à la communication des informations relatives à une source humaine, dont l’exercice n’était subordonné qu’à la mise en balance prévue à l’article 38. Aux paragraphes 95 à 98, il énonce les règles de droit qu’il entend respecter. Il est toutefois difficile de circonscrire le raisonnement du juge quant au poids qu’il accorde à la présomption, étant donné qu’il traite principalement d’arguments se rapportant à la nature des droits qui seraient dévolus aux intimés, y compris le fait que la décision qu’il a précédemment rendue dans le dossier DES-1-10 ne pouvait être revêtue de l’autorité de la chose jugée relativement aux nouveaux documents du dossier DES-1-11. Il est très peu question de l’intention du législateur de réfuter la présomption.

[19] Le juge mentionne qu’il ne peut accepter que dans un examen mené en application de l’article 38, le droit d’obtenir des informations n’est acquis qu’au moment même où celles-ci sont communiquées. Il estime plutôt que les intimés avaient un droit à la communication d’informations dans le cadre du processus judiciaire civil « dès le début » (voir les motifs du juge, au paragraphe 107). La question à trancher dans un examen mené en application de l’article 38 est de savoir si, à l’étape de l’enquête préalable, des informations qui auraient été normalement communiquées peuvent être soustraites à la communication pour des raisons d’intérêt public.

[20] Le juge mentionne ensuite qu’il ne s’agit pas de l’abrogation d’un texte législatif ni même d’un privilège de common law existant. Il conclut que l’arrêt *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, était de peu d’utilité, celui-ci traitant d’impôt sur le revenu et l’analogie avec la présente affaire étant ténue. À son avis, il était exagéré de comparer le droit à la communication dans une instance en cours au droit à une exonération fiscale particulière, dont la modification annuelle aurait dû être envisagée par le contribuable.

[21] On that basis, he concludes that he is satisfied that, at the time section 18.1 of the CSIS Act was brought into force, the respondents had a vested right to the established disclosure regime for the duration of the section 38 proceeding (see Judge’s reasons, at paragraph 110).

III. Legislation

[22] The new section 18.1 reads as follows:

Purpose of section — human sources

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

Prohibition on disclosure

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

Exception — consent

(3) The identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred may be disclosed in a proceeding referred to in subsection (2) if the human source and the Director consent to the disclosure of that information.

Application to judge

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

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

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a

[21] Pour ce motif, il conclut qu’au moment où l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS est entré en vigueur, les intimés avaient un droit acquis au régime de communication établi pour la durée de l’instance dont l’instruction soulevait l’application de l’article 38 (voir les motifs du juge, au paragraphe 110).

III. Dispositions législatives

[22] Le nouvel article 18.1 est ainsi rédigé :

Objet de l’article — sources humaines

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

Interdiction de communication

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

Exception — consentement

(3) L’identité d’une source humaine ou une information qui permettrait de découvrir cette identité peut être communiquée dans une instance visée au paragraphe (2) si la source humaine et le directeur y consentent.

Demande à un juge

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

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

b) dans le cas où l’instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l’identité d’une

human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

Contents and service of application

(5) The application and the applicant's affidavit deposing to the facts relied on in support of the application shall be filed in the Registry of the Federal Court. The applicant shall, without delay after the application and affidavit are filed, serve a copy of them on the Attorney General of Canada.

Attorney General of Canada

(6) Once served, the Attorney General of Canada is deemed to be a party to the application.

Hearing

(7) The hearing of the application shall be held in private and in the absence of the applicant and their counsel, unless the judge orders otherwise.

Order — disclosure to establish innocence

(8) If the judge grants an application made under paragraph (4)(b), the judge may order the disclosure that the judge considers appropriate subject to any conditions that the judge specifies.

Effective date of order

(9) If the judge grants an application made under subsection (4), any order made by the judge does not take effect until the time provided to appeal the order has expired or, if the order is appealed and is confirmed, until either the time provided to appeal the judgement confirming the order has expired or all rights of appeal have been exhausted.

Confidentiality

(10) The judge shall ensure the confidentiality of the following:

(a) the identity of any human source and any information from which the identity of a human source could be inferred; and

(b) information and other evidence provided in respect of the application if, in the judge's opinion, its

source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

Contenu et signification de la demande

(5) La demande et l'affidavit du demandeur portant sur les faits sur lesquels il fonde celle-ci sont déposés au greffe de la Cour fédérale. Sans délai après le dépôt, le demandeur signifie copie de la demande et de l'affidavit au procureur général du Canada.

Procureur général du Canada

(6) Le procureur général du Canada est réputé être partie à la demande dès que celle-ci lui est signifiée.

Audition

(7) La demande est entendue à huis clos et en l'absence du demandeur et de son avocat, sauf si le juge en ordonne autrement.

Ordonnance de communication pour établir l'innocence

(8) Si le juge accueille la demande présentée au titre de l'alinéa (4)b), il peut ordonner la communication qu'il estime indiquée sous réserve des conditions qu'il précise.

Prise d'effet de l'ordonnance

(9) Si la demande présentée au titre du paragraphe (4) est accueillie, l'ordonnance prend effet après l'expiration du délai prévu pour en appeler ou, en cas d'appel, après sa confirmation et l'épuisement des recours en appel.

Confidentialité

(10) Il incombe au juge de garantir la confidentialité :

a) d'une part, de l'identité de toute source humaine ainsi que de toute information qui permettrait de découvrir cette identité;

b) d'autre part, des informations et autres éléments de preuve qui lui sont fournis dans le cadre de la demande

disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person.

Confidentiality on appeal

(11) In the case of an appeal, subsection (10) applies, with any necessary modifications, to the court to which the appeal is taken.

[23] “[H]uman source” is defined as follows at section 2:

2 ...

human source means an individual who, after having received a promise of confidentiality, has provided, provides or is likely to provide information to the Service;

IV. Analysis

A. *Standard of review*

[24] The only question before us is the temporal application of section 18.1. This is a question of law, which is subject to the standard of review of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

[25] However, the respondents and *amicus* (only one appeared before us) take the position that the distinct question of whether or not the respondents have a vested right is a question of mixed fact and law subject to the standard of palpable and overriding error. The AGC argues that this question is an integral part of the interpretation of section 18.1 and thus only involves a pure question of law. In my view, which standard of review applies in respect of whether the respondents have a vested right is of no consequence in this case (see paragraph 57 below).

B. *Preliminary remarks*

[26] Before starting my analysis, I would like to make a few preliminary remarks that are important to keep in mind when reviewing the case law relied upon by the parties as well as any case law dealing with the difficult question of temporal application of statutes.

et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

Confidentialité en appel

(11) En cas d’appel, le paragraphe (10) s’applique, avec les adaptations nécessaires, aux tribunaux d’appel.

[23] L’expression « source humaine » est ainsi définie à l’article 2 :

2 [...]

source humaine Personne physique qui a reçu une promesse d’anonymat et qui, par la suite, a fourni, fournit ou pourrait vraisemblablement fournir des informations au Service.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[24] La seule question dont est saisie notre Cour porte sur l’application de l’article 18.1 dans le temps. Il s’agit d’une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[25] Toutefois, les intimés et l’*amicus* (un seul a comparu devant nous) soutiennent que l’existence d’un droit acquis pour les intimés, une question distincte portant à la fois sur les faits et le droit, est assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante. Le PGC soutient pour sa part que, comme elle fait partie intégrante de l’interprétation de l’article 18.1, il s’agit plutôt d’une pure question de droit. À mon avis, il importe peu en l’espèce de se prononcer sur la norme de contrôle applicable à la question de savoir si les intimés ont un droit acquis (voir le paragraphe 57).

B. *Remarques préliminaires*

[26] Avant de commencer mon analyse, j’aimerais faire quelques remarques préliminaires qu’il importe de garder à l’esprit dans l’examen de la jurisprudence invoquée par les parties ainsi que de la jurisprudence traitant de la difficile question de l’application des lois dans le temps.

[27] The first hurdle, as mentioned by the Judge, is the difficulty created by the inconsistent use of terminology in older textbooks and in the case law. Second, we ought to keep the various applicable principles of statutory construction distinct.

[28] The meaning of “retrospective” is not always clear, not only in the older authorities, but in modern authorities as well. In fact, it is often used as synonymous of “retroactive”. This problem, as I said, persists to this very day despite consistent efforts by authors such as Elmer A. Driedger, Ruth Sullivan and P.A. Côté to warn against it. This is unfortunately compounded by the fact that distinct presumptions, such as those against the retroactive and the retrospective application of statutes (as defined and discussed by Driedger in “Statutes: Retroactive Retrospective Reflections” (1978), 56 *Can. B. Rev.* 264 (Retroactive Retrospective Reflections), and by Côté in *Interpretation of Legislation in Canada*, at pages 140–144), are often insufficiently distinguished from the presumption against interference with vested rights. The latter generally applies to all statutes, not only those that are retroactive or retrospective.

[29] It is obviously tempting to write more concisely in an attempt to summarise our thinking by merging various elements of these very distinct principles of construction. However, the risk in doing so is to unintentionally conflate presumptions that do not have the same strength and that may be rebutted by different methods.

[30] One such presumption provides that procedural provisions apply immediately to all proceedings under way in respect of all future steps taken. It may well be accurate to say that this presumption will not apply if the procedural provisions in question create or infringe upon substantive rights. However, this is not because it is an exception to the application of the presumption; rather, it is simply because a provision, by its very nature, is not merely or solely a procedural provision if it affects substantive rights. Thus, the presumption is simply not in play in such cases. In a different but related vein, even provisions that are of immediate or

[27] Le premier obstacle, comme le mentionne le juge, découle de la terminologie non uniforme employée dans les ouvrages de doctrine anciens et dans la jurisprudence. Deuxièmement, il convient de ne pas confondre les divers principes d’interprétation des lois qui s’appliquent.

[28] Le sens du terme « rétrospectif » n’est pas toujours clair, non seulement dans la jurisprudence ancienne, mais également dans la jurisprudence moderne. En fait, ce terme est souvent utilisé comme synonyme de « rétroactif ». Ce problème, je le répète, persiste à ce jour malgré les mises en garde constantes par des auteurs comme Elmer A. Driedger, Ruth Sullivan et P.A. Côté. Cette situation est malheureusement exacerbée par le fait que, dans bien des cas, l’on ne différencie pas suffisamment certaines présomptions, comme celles de non-rétroactivité et de non-rétrospectivité des lois (définies et analysées par M. Driedger dans « Statutes : Retroactive Retrospective Reflections » (1978), 56 *R. du B. can.* 264 (Retroactive Retrospective Reflections), et par M. Côté dans *Interprétation des lois*, aux pages 153 à 157) de celle contre l’atteinte aux droits acquis. Cette dernière présomption s’applique généralement à toutes les lois, et non pas seulement à celles qui sont rétroactives ou rétrospectives.

[29] Évidemment, il est tentant de faire preuve de concision pour résumer sa pensée en fusionnant divers éléments de ces principes d’interprétation très distincts. Mais ce faisant, on risque de confondre involontairement des présomptions qui n’ont pas la même force et qui sont susceptibles d’être réfutées par différents moyens.

[30] L’une de ces présomptions veut que des dispositions procédurales s’appliquent immédiatement à l’ensemble des instances en cours relativement aux actes futurs. Il peut être exact de dire que cette présomption ne s’appliquera pas si les dispositions procédurales en question créent des droits substantiels ou y portent atteinte. Il en est ainsi, non pas par exception à l’application de la présomption, mais plutôt parce qu’une disposition n’est pas en soi simplement ou uniquement une disposition procédurale si elle a une incidence sur des droits substantiels. Ainsi, la présomption n’intervient tout simplement pas dans de tels cas. Dans un autre

prospective application are subject to the presumption against interference with vested rights.

[31] As noted by Driedger, it is wrong to hold that a statute is either retroactive or retrospective simply because it interferes with vested rights (Retroactive Retrospective Reflections, at page 266). Indeed, once again, the presumption against interference with vested rights is quite distinct and does not have the same weight as the presumption against retroactivity or the presumption against retrospectivity. It may be that in practice, the same result is achieved. Still, because of the difficulty involved in temporal application in the absence of clear transitional provisions, one should keep those concepts separated to ensure that proper weight is given throughout the purposive analysis. For example, it is clear that Justice Deschamps did not mean to change the applicable rules of interpretation at paragraph 10 of *Dineley*. Such rules are more fully described by Justice Cromwell at paragraph 35 of the same decision (see also Justice Bastarache in *Dikranian v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 73, [2005] 3 S.C.R. 530 (*Dikranian*), at paragraphs 45–51).

[32] Vested rights are necessarily substantive rights, for there is no vested right in a mere process or procedure. Thus, in that sense only, if a new provision interferes with vested rights it is an indication that it is not merely procedural. This explains the wording used by Justice Deschamps at paragraph 10 of *Dineley* in reference to *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, in which Justice Lamer [as he then was] was dealing with whether or not the rule of evidence in question involved substantive rights or was merely procedural.

[33] I will now turn to my analysis.

[34] In this appeal, the parties have raised arguments that are intended to address the following four distinct presumptions:

ordre d'idées — néanmoins connexes —, même les dispositions d'application immédiate ou prospective sont assujetties à la présomption contre l'atteinte aux droits acquis.

[31] Comme l'a souligné M. Driedger, il est erroné de conclure qu'une loi est rétroactive ou retrospective pour la simple raison qu'elle porte atteinte à des droits acquis (Retroactive Retrospective Reflections, à la page 266). En effet, je le répète, la présomption contre l'atteinte aux droits acquis est distincte de celles de non-rétroactivité ou de non-retrospectivité et n'a pas le même poids. Il se peut que le même résultat soit obtenu en pratique. Néanmoins, comme l'application de la loi dans le temps en l'absence de dispositions transitoires claires se révèle difficile, il convient de maintenir les distinctions entre ces concepts pour veiller à leur accorder le poids qui convient tout au long de l'analyse téléologique. À titre d'exemple, au paragraphe 10 de l'arrêt *Dineley*, il est évident que la juge Deschamps n'avait pas l'intention de changer les règles d'interprétation applicables. Ces règles sont décrites plus en détail par le juge Cromwell au paragraphe 35 de ce même arrêt (voir également les motifs du juge Bastarache dans l'arrêt *Dikranian c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 73, [2005] 3 R.C.S. 530 (*Dikranian*), aux paragraphes 45 à 51).

[32] Les droits acquis sont forcément des droits substantiels, puisqu'il n'y a aucun droit acquis à de simples processus ou procédure. Ainsi, dans ce sens seulement, on peut déduire d'une nouvelle disposition qui porte atteinte à des droits acquis qu'elle n'est pas simplement de nature procédurale. Une telle conclusion va dans le sens des propos de la juge Deschamps au paragraphe 10 de l'arrêt *Dineley* en référence à l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, dans lequel le juge Lamer [tel était son titre] devait décider si la règle de preuve en question portait sur des droits substantiels ou simplement sur la procédure.

[33] Je vais maintenant passer à l'analyse.

[34] Dans le présent appel, les parties ont soulevé des arguments sur les quatre présomptions distinctes qui suivent :

- | | |
|---|--|
| <p>i. The presumption that the legislature does not intend legislation to be applied retroactively, that is, applied so as to change the past legal effect of a situation that has occurred completely in the past. This presumption is strong (Ruth Sullivan, <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at page 761, paragraph 1);</p> | <p>i. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas que les lois s’appliquent rétroactivement, soit de manière à changer les conséquences juridiques passées d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé. Cette présomption est forte (Ruth Sullivan, <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, 6^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2014), à la page 761, paragraphe 1);</p> |
| <p>ii. The presumption that the legislature does not intend legislation to be applied retrospectively (as that term is defined by Driedger in <i>Retroactive Retrospective Reflections</i>), that is, applied so as to change the future legal effect of a situation that has occurred completely in the past, unless it is enacted to protect the public. The weight of this presumption is variable (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 2); it thus cannot simply be described as “strong”, like the presumption against retroactivity;</p> | <p>ii. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas que les lois s’appliquent rétrospectivement (au sens attribué à ce terme par M. Driedger dans <i>Retroactive Retrospective Reflections</i>), soit de manière à changer les conséquences juridiques futures d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé, à moins qu’elle n’ait été adoptée pour protéger le public. Le poids de cette présomption est variable (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 2); nous ne pouvons donc pas simplement la qualifier de « forte », comme c’est le cas pour la présomption de non-rétroactivité;</p> |
| <p>iii. The presumption that the legislature intends procedural legislation to apply immediately to any ongoing proceeding and in respect of steps to be taken in the future (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 5);</p> | <p>iii. La présomption voulant que le législateur entende que les lois à vocation procédurale s’appliquent immédiatement tant aux instances en cours qu’aux mesures futures (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 5);</p> |
| <p>iv. The presumption that the legislature does not intend to interfere with vested rights. Again, the weight of this presumption varies depending on factors such as the nature of the protected right and how unfair or arbitrary it would be to abolish or curtail that right. The presumption is often rebutted without reference to express legislative language (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, above, at page 761, paragraph 3; see also <i>Interpretation of Legislation in Canada</i>, at page 167).</p> | <p>iv. La présomption selon laquelle le législateur n’entend pas porter atteinte à des droits acquis. Au risque de me répéter, le poids de cette présomption varie selon divers facteurs, comme la nature du droit protégé et l’effet inéquitable ou arbitraire qu’aurait l’abolition ou la limitation de ce droit. La présomption est souvent réfutée en l’absence de termes exprès dans le texte législatif (<i>Sullivan on the Construction of Statutes</i>, précité, à la page 761, paragraphe 3; voir également <i>Interprétation des lois</i>, à la page 182).</p> |

[35] I do not intend to deal in much detail with the first or third presumption referred to above for in my view, they simply have no application here.

[35] Je n’ai pas l’intention de traiter en détail des première et troisième présomptions puisque, à mon avis, elles ne trouvent pas application en l’espèce.

[36] Indeed, it is clear, in my view, that section 18.1 of the CSIS Act is not intended to have retroactive

[36] En effet, il est évident, selon moi, que l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS n’est pas destiné à avoir

effect, i.e., to affect the past legal effects of a situation that has completely arisen in the past.

[37] I also agree with the respondents and the *amicus* that section 18.1 is not merely a procedural rule of evidence. As noted in *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at paragraph 56 “for a provision to be regarded as procedural, it must be exclusively so”. The Judge’s comment that the application of section 18.1 would oust his jurisdiction under section 38 in respect of information tending to identify human sources (see Judge’s reasons, at paragraph 63) lends additional support to the other arguments discussed herein in respect of the substantive nature of section 18.1.

[38] Although some of the provisions in section 18.1 deal with the applicable procedure (see subsections 18.1(4) to (7)), it does create a substantive right in favour of human sources based on the status of the individuals and their special relationship with CSIS. The class privilege created at section 18.1 is akin (albeit somewhat different) to the common law class privilege applicable to police informers which is described by this Court in *Almalki* 2011 as “a legal rule of public order by which a judge is bound” (see paragraphs 15–18). This is consistent with the AGC’s contention that the adoption of Bill C-44 resulted from the comments of the Supreme Court of Canada in *Harkat*, where the Court confirmed that only the legislator could create such a class privilege for CSIS human sources if deemed desirable.

[39] Section 18.1 thus creates an exception to the right of the public “to every person’s evidence” (*R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 1). It trumps the public interest in the disclosure of all the evidence by taking it out of the Federal Court jurisdiction under section 38 of the CEA.

un effet rétroactif, c’est-à-dire influencer sur les conséquences juridiques passées d’une situation qui est survenue entièrement dans le passé.

[37] Je suis également d’accord avec les intimés et l’*amicus* que l’article 18.1 ne prévoit pas simplement une règle de preuve de nature procédurale. Comme il est indiqué dans le renvoi *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 56 « pour qu’une disposition soit considérée comme étant de nature procédurale, elle doit toucher exclusivement la procédure ». Le commentaire du juge, selon lequel l’application de l’article 18.1 écarterait la compétence que lui confère l’article 38 relativement aux informations qui permettraient de découvrir l’identité de sources humaines (voir les motifs du juge, au paragraphe 63), appuie les autres arguments analysés en l’espèce quant à la nature substantielle de l’article 18.1.

[38] Bien que certaines dispositions de l’article 18.1 portent sur la procédure applicable (voir les paragraphes 18.1(4) à (7)), cet article confère un droit substantiel aux sources humaines découlant de leur statut et de leur relation particulière avec le SCRS. Le privilège générique créé par l’article 18.1 se rapproche (mais se distingue) du privilège générique accordé par la common law aux indicateurs de police, privilège que notre Cour a décrit dans l’arrêt *Almalki* 2011 ainsi : « une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge » (voir les paragraphes 15 à 18). Cette description va dans le même sens que la prétention du PGC selon laquelle l’adoption du projet de loi C-44 découle des commentaires formulés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Harkat*, dans lequel elle a confirmé que seul le législateur pouvait créer un tel privilège générique pour les sources humaines du SCRS s’il le jugeait souhaitable.

[39] L’article 18.1 crée ainsi une exception au droit du public « à la preuve émanant de toutes les sources » (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 1). Il l’emporte sur l’intérêt public à la communication de toute la preuve en soustrayant cette dernière à la compétence que l’article 38 de la LPC confère à la Cour fédérale.

[40] This interpretation is the only one consistent with the legislator's choice to include a specific paragraph spelling out very clearly that the purpose of the provision is to protect the life and security of human sources and to encourage individuals to provide information to CSIS (see subsection 18.1(1)). It would make little sense to make such a declaration if the provision dealt with a mere process or procedure.

[41] The next question is thus whether the second presumption is in play (because section 18.1 deals with the future legal effect of a situation that has completely arisen before its enactment) or whether section 18.1 is simply prospective (i.e., whether it deals with the future legal effect of an ongoing situation, including an individual's status as a human source).

C. Is the presumption against retrospectivity in play?

[42] As mentioned at paragraph 16 above, when presenting their arguments to the Judge, the respondents and the *amicus* argued that the right set out in section 18.1 is based on the status of an individual as a human source. I agree.

[43] Although this was meant to address the third presumption, this is an important point to consider when identifying the "situation" to which the statutory provisions under review are intended to apply or to which they attach legal consequences.

[44] Indeed, as both Côté and Driedger note, the most important step in applying the various presumptions is to correctly characterise the situation to which the statute applies: Pierre-André Côté, "La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps" (1988), 22 *R.J.T.* 207, at pages 210 and 211 (Position temporelle des faits juridiques); *Interpretation of Legislation in Canada*, at page 135. This is rarely an easy task and it requires a purposive interpretation of the provision. As mentioned by Justice Iacobucci, writing

[40] Cette interprétation est la seule qui cadre avec le choix du législateur d'inclure un paragraphe précis indiquant très clairement que l'objet de la disposition est de protéger la vie et la sécurité des sources humaines et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au SCRS (voir le paragraphe 18.1(1)). Il ne serait guère logique de faire une telle déclaration si la disposition ne prévoyait qu'un simple processus ou qu'une simple procédure.

[41] La Cour est ensuite appelée à décider si la deuxième présomption trouve application (car l'article 18.1 influe sur les conséquences juridiques futures d'une situation survenue entièrement avant l'adoption de cette disposition) ou si l'article 18.1 s'applique simplement prospectivement (c'est-à-dire s'il influe sur les conséquences juridiques futures d'une situation en cours, comme le statut d'une personne physique à titre de source humaine).

C. La présomption de non-rétrospectivité trouve-t-elle application?

[42] Comme je l'ai fait remarquer au paragraphe 16, les intimés et l'*amicus* ont fait valoir, au moment de présenter leurs arguments au juge, que le droit énoncé à l'article 18.1 repose sur le statut d'une personne à titre de source humaine. Je suis d'accord.

[43] Même si cet argument visait à répondre à la troisième présomption, il importe de le prendre en considération lorsqu'il s'agit de définir la « situation » à laquelle les dispositions législatives en cause sont censées s'appliquer ou à laquelle elles attachent des conséquences juridiques.

[44] En effet, comme l'ont souligné tant M. Côté que M. Driedger, l'étape la plus importante dans l'application des diverses présomptions est de caractériser correctement la situation à laquelle la loi s'applique (Pierre-André Côté, « La position temporelle des faits juridiques et l'application de la loi dans le temps » (1988), 22 *R.J.T.* 207, aux pages 210 et 211 (Position temporelle des faits juridiques); *Interprétation des lois*, à la page 148). Il s'agit rarement d'une tâche facile, et la disposition en cause doit faire l'objet d'une interprétation

for the Court in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (*Benner*), at paragraphs 45 and 46:

The question ... is one of characterization

... many situations may be reasonably seen to involve both past discrete events and on-going conditions. A status or on-going condition will often, for example, stem from some past discrete event. A criminal conviction is a single discrete event, but it gives rise to the on-going condition of being detained, the status of “detainee”. Similar observations could be made about a marriage or divorce. Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances, the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it. This is, as I already stated, a question of characterization, and will vary with the circumstances. Making this determination will depend on the facts of the case, on the law in question, and on the *Charter* right which the applicant seeks to apply. [Italics in original.]

[45] That a statutory provision is meant to attach consequences to a status or an ongoing situation is very different from when it is intended to deal with the future or past legal effect of an event that has completely arisen in the past: see *Benner*, at paragraph 42, where Justice Iacobucci relies on Driedger’s proposition as reasserted in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983). It appears that this important step was not considered by the Judge, who focused on the fact that in this case the individual events that brought about the relationship between an individual and CSIS took place long before section 18.1 was enacted. At the same time, the Judge accepted that it is the ongoing status of the individual as a human source that gives rise to the so-called class privilege.

[46] The expression “human source” or “CSIS human source” is not new. It has often been used in the past (see for example *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014

téléologique. Comme l’a fait remarquer le juge Iacobucci, s’exprimant au nom de la Cour dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (*Benner*), aux paragraphes 45 et 46 :

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation [...]

[...] bien des situations peuvent raisonnablement être considérées comme mettant en jeu à la fois des événements précis et isolés et des conditions en cours. Ainsi, un statut ou une condition en cours découle souvent d’un événement passé précis et isolé. Une déclaration de culpabilité en matière criminelle constitue un événement unique précis et isolé, mais elle crée une condition en cours, celle d’être en détention, ou le statut de « détenu ». Des observations semblables vaudraient également en ce qui a trait au mariage ou au divorce. Pour déterminer si une affaire donnée emporte l’application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l’élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l’événement passé ou la condition en cours qui en résulte. Il s’agit là, comme je l’ai dit plus tôt, d’une question de caractérisation, qui variera selon les circonstances. La détermination dépendra des faits de l’espèce, du texte de loi en cause et du droit garanti par la *Charte* dont le demandeur sollicite l’application. [Italiques dans l’original.]

[45] Il existe une différence importante entre une disposition législative destinée à attacher des conséquences à un statut ou à une situation en cours et celle qui prévoit les conséquences juridiques futures ou passées d’un événement qui est survenu entièrement dans le passé (voir *Benner*, au paragraphe 42, où le juge Iacobucci s’appuie sur la proposition de M. Driedger, qu’il a réitérée dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983)). Il semble que cette étape importante n’ait pas été examinée par le juge, qui a surtout accordé du poids en l’espèce au fait que les faits ayant engendré la relation entre une personne et le SCRS s’étaient déroulés bien avant l’adoption de l’article 18.1. En même temps, le juge a accepté que ce qu’on appelle le privilège générique découle du statut en cours d’une personne à titre de source humaine.

[46] Les expressions « sources humaines » ou « sources humaines du SCRS » ne sont pas nouvelles. Elles ont souvent été utilisées par le passé (voir, par exemple,

FC 1050, at paragraphs 45–47). It has even been used by the respondents in this very case well before the drafting of Bill C-44 (see the part entitled *Human Source Information* in the Judge’s decision in *Almalki* 2010, at paragraphs 163–170; see also *Almalki* 2011, at paragraphs 10–34). In *Harkat*, at paragraphs 78–87, the same expression was also used where a different statutory regime was in play.

[47] There was no real need to include a definition of “human source” in the CSIS Act. Without one, there would be little doubt that the Act was meant to apply to the ongoing status (or the “state of being”) of a human source. However, given the various jurisprudential comments about the past interpretation of this term by CSIS itself, one can surmise that the legislator found it desirable to define the “ingredients” that establish the relationship giving rise to the status of human source.

[48] When one considers the wording of the definition (see paragraph 23 above) in context, including the wording of paragraph 18.1(4)(a) which gives the right to argue that “an individual is not a ... source” [emphasis added], the intention of the legislator is clear. Once an individual meets the criteria set out at section 2, he or she is a source and he or she keeps that status on an ongoing basis. To use the words of Driedger, it is “being” a source that brings about the legal consequences set out in section 18.1, even if the relationship which brought about this status was created before the enactment of the CSIS Act (see also *Position temporelle des faits juridiques*, at pages 215–219, 228, 229, 236 and 237).

[49] At the hearing, the *amicus* agreed that the Court could reach such a conclusion. He noted that, in his view, the crucial question in this appeal was really the application of the presumption against interference with vested rights. I agree and will address this principle next.

[50] To conclude this part, considering that the new provisions are meant to apply to an ongoing situation,

la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050, aux paragraphes 45 à 47). Elles ont également été utilisées par les intimés en l’espèce, et ce bien avant la rédaction du projet de loi C-44 (voir la partie intitulée *Renseignements provenant de sources humaines* de la décision du juge dans *Almalki* 2010, aux paragraphes 163 à 170; voir aussi l’arrêt *Almalki* 2011, aux paragraphes 10 à 34). Dans l’arrêt *Harkat*, aux paragraphes 78 à 87, ces expressions sont reprises, mais renvoient à un autre régime législatif.

[47] Point n’était besoin d’inclure une définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS. En l’absence d’une telle définition, il ne faisait aucun doute que la Loi devait s’appliquer au statut en cours (ou à « l’état ») de source humaine. Cependant, compte tenu des divers commentaires jurisprudentiels concernant l’interprétation antérieure de ce terme par le SCRS, on peut supposer que le législateur estimait souhaitable de définir les « ingrédients » permettant d’établir les rapports donnant naissance au statut de source humaine.

[48] L’intention du législateur ressort clairement du libellé de la définition (voir le paragraphe 23) en contexte, y compris de celui de l’alinéa 18.1(4)a, qui confère le droit de faire valoir « qu’une personne physique n’est pas une source » [non souligné dans l’original]. Dès lors qu’une personne physique répond aux critères énoncés à l’article 2, elle constitue une source et elle conserve ce statut de manière continue. Pour reprendre les termes de M. Driedger, c’est [TRADUCTION] « l’état » de source qui entraîne les conséquences juridiques décrites à l’article 18.1, même si la relation ayant donné lieu à ce statut a été établie avant l’adoption de la Loi sur le SCRS (voir aussi *Position temporelle des faits juridiques*, aux pages 215 à 219, 228, 229, 236 et 237).

[49] À l’audience, l’*amicus* a convenu que la Cour pouvait en venir à une telle conclusion. Il a souligné que le présent appel, à son avis, portait fondamentalement sur l’application de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis. Je suis du même avis et j’aborderai ensuite ce principe.

[50] Pour conclure la présente partie, étant donné que les nouvelles dispositions sont destinées à s’appliquer

that is, the status as a human source, the presumption against the retrospective application of the statutory provisions under review is not in play.

[51] As the presumptions against retrospectivity and retroactivity are not in play, it is unnecessary to deal with the Judge’s finding that section 18.1 “could” ultimately have adverse effects on the respondents’ ability to establish their claims in the Ontario Superior Court (see Judge’s reasons, at paragraph 92).

[52] Indeed, he only appears to have considered necessary to deal with this issue, which he characterized as distinct from the one of whether the respondents had vested rights in the disclosure of the human source identifying information subject to section 38 (Part V.B.(3) of his reasons), because of his understanding that this made section 18.1 retrospective in its application (see Judge’s reasons, at paragraph 61).

[53] In any event, given the limited nature of the information protected by section 18.1, the type of information that has been disclosed in section 38 proceedings in the past, and without knowing all the information that is already available to the respondents, it is impossible to assess the basis for this inference “of a possible impact”.

D. *The presumption against interference with vested rights*

[54] Throughout my analysis, I have obviously followed the modern approach to statutory interpretation which requires one to read the words of the Act in their entire context (which includes the applicable presumptions), in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. As noted by Justice Bastarache in *Dikranian*, it is particularly important in respect of the presumption against interference with vested rights to avoid falling into the trap of literal construction of the statutory provision: *Dikranian*, at paragraph 36.

à une situation en cours, à savoir le statut de source humaine, la présomption de non-rétrospectivité des dispositions législatives en cause n’entre pas en jeu.

[51] Comme les présomptions de non-rétrospectivité et de non-rétroactivité ne trouvent pas application, il n’est guère nécessaire d’examiner la conclusion du juge selon laquelle l’article 18.1 « pourrait » en fin de compte nuire à la capacité des défendeurs d’établir le bien-fondé de leurs allégations devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario (voir les motifs du juge, au paragraphe 92).

[52] En effet, il semble avoir jugé nécessaire de traiter de cette question — qui, selon lui, se distingue de celle de savoir si les défendeurs avaient des droits acquis à la communication de renseignements pouvant permettre d’identifier une source humaine, dont l’exercice était subordonné à l’application de l’article 38 (partie V.B.(3) de ses motifs) —, car, selon lui, une telle situation entraîne une application rétrospective de l’article 18.1 (voir les motifs du juge, au paragraphe 61).

[53] Quoiqu’il en soit, compte tenu de la nature limitée de l’information protégée par l’article 18.1 ainsi que du type d’information divulguée par le passé dans les instances qui soulevaient l’application de l’article 38, et sans connaître toute l’information déjà mise à la disposition des intimés, il est impossible de décider si la conclusion quant à une « incidence possible » est fondée.

D. *La présomption contre l’atteinte aux droits acquis*

[54] Tout au long de mon analyse, j’ai manifestement suivi l’approche moderne d’interprétation législative qui requiert qu’on interprète les termes d’une loi dans leur contexte global (ce qui comprend les présomptions applicables), en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Comme l’a souligné le juge Bastarache dans l’arrêt *Dikranian*, il est particulièrement important, lorsqu’il s’agit de la présomption contre l’atteinte aux droits acquis, d’éviter de tomber dans le piège de l’interprétation littérale des dispositions législatives (*Dikranian*, au paragraphe 36).

[55] Although this is the last part of the analysis, I thought that it would be more appropriate to discuss the purpose and the legislative evolution and history of the provision under review in more detail in this part to avoid repetition. I will do so after determining whether or not the respondents have a vested right that puts in play the presumption against interference with such rights.

[56] Except for the issue of *res judicata*, the arguments of the parties were substantially the same as those mentioned in Part V.B.(3) of the Judge's reasons.

[57] As I noted earlier (see paragraph 25 above), I do not believe that the standard of review to be applied to this question is relevant, for I believe that the Judge correctly decided that the right of the respondents to the disclosure of all relevant information subject to the application of section 38 is not merely a right to a process.

[58] In *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81, at paragraphs 17–21 (a decision issued in the civil proceedings instituted by some of the respondents), the Ontario Court of Appeal found that the scheme established by section 38 of the CEA is in fact a liberalization of the common law Crown privilege based upon international relations, national security and national defence which had previously been absolute and not open to any scrutiny.

[59] As alluded to earlier, the new section 18.1 effectively replaced the former rule that applied to CSIS human sources by deleting the reference to such sources in former subsection 18(1) of the CSIS Act. Indeed, former subsection 18(2) allowed the application of section 38 of the CEA up until the amendments were introduced in April 2015 (the former provisions are reproduced in Appendix A).

[60] Thus, when one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA

[55] Bien qu'il s'agisse de la dernière partie de l'analyse, j'estime qu'il valait mieux traiter de l'objet ainsi que de l'évolution et de l'historique législatifs de la disposition en cause de manière plus détaillée dans cette partie afin d'éviter toute répétition. J'aborderai ce point après avoir décidé si oui ou non les intimés ont un droit acquis faisant intervenir la présomption contre l'atteinte à de tels droits.

[56] À l'exception de la question de l'autorité de la chose jugée, les arguments des parties étaient essentiellement les mêmes que ceux mentionnés à la partie V.B.(3) des motifs du juge.

[57] Comme je l'ai noté précédemment (voir le paragraphe 25), je ne crois pas que la question de la norme de contrôle à appliquer est pertinente, car j'estime que le juge n'a pas fait erreur en décidant que le droit des intimés à la communication de tous les renseignements pertinents, dont l'exercice est subordonné à l'application de l'article 38, ne se résume pas à un droit de nature procédurale.

[58] Dans l'arrêt *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95, 104 O.R. (3d) 81, aux paragraphes 17 à 21, (un jugement rendu dans des instances civiles intentées par certains des intimés), la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le régime établi par l'article 38 de la LPC constitue en fait une libéralisation du privilège conféré en common law à la Couronne et fondé sur les relations internationales, la sécurité nationale et la défense nationale, lequel était auparavant un privilège absolu ne pouvant être contesté d'aucune manière.

[59] Comme j'y ai fait allusion précédemment, le nouvel article 18.1 a effectivement remplacé la règle antérieure qui s'appliquait aux sources humaines du SCRS en supprimant la mention de ces sources à l'ancien paragraphe 18(1) de la Loi sur le SCRS. En effet, l'ancien paragraphe 18(2) permettait l'application de l'article 38 de la LPC jusqu'à l'introduction des modifications en avril 2015 (les dispositions antérieures sont reproduites à l'annexe A).

[60] Ainsi, lorsque l'on examine le contexte historique et l'évolution législative de l'article 38 de la LPC et de

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

[61] In that sense, I agree with the *amicus* that the recent amendments change the “rules of the game to the disadvantage of the respondents” (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 29). This means that I must proceed to determine whether the presumption that the legislator did not intend such a result has been rebutted.

[62] As mentioned earlier at paragraph 34, the weight of this last presumption depends on various factors such as the nature and importance of the right the respondents seek to protect and how unfair or arbitrary it would be to deprive them of such a right. The Court must also try to determine through purposive interpretation whether such unwanted consequences are necessary or warranted by the goal(s) the legislator sought to achieve.

[63] As noted by the Judge at paragraph 43 of his reasons, “[i]n the words of the Bill’s sponsor, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the purpose of this amendment [new section 18.1] [was] to ‘give greater protection to [CSIS]’s human sources’.”

[64] Subsection 18.1(1) expressly provides that:

Purpose of section — human sources

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

[65] The respondents say that, in respect of “true” human sources, the amendments are redundant and bring nothing over and above the protection afforded pursuant to section 38. In their memorandum, the respondents also say that to encourage individuals to provide

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

[61] En ce sens, je suis d’accord avec l’*amicus* pour dire que les modifications récentes changent les [TRANSDUCTION] « règles du jeu au détriment des intimés » (mémoire des faits et du droit de l’*amicus curiae*, au paragraphe 29). Je dois donc décider si la présomption selon laquelle l’intention du législateur n’était pas d’entraîner un tel résultat a été réfutée.

[62] Comme je le souligne au paragraphe 34, le poids de cette dernière présomption varie selon divers facteurs, comme la nature et l’importance du droit que les intimés cherchent à protéger et l’iniquité ou le caractère arbitraire de la décision de les en priver. En adoptant une interprétation téléologique, la Cour doit également tenter de voir si ces conséquences indésirables sont nécessaires ou justifiées pour l’atteinte des objectifs du législateur.

[63] Comme l’a souligné le juge au paragraphe 43 de ses motifs, « [p]our reprendre les termes de l’auteur du projet de loi, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, la modification [le nouvel article 18.1] vise à “accroître la protection des sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité”. »

[64] Le paragraphe 18.1(1) prescrit expressément ce qui suit :

Objet de l’article — sources humaines

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

[65] Les intimés font valoir qu’à l’égard des « véritables » sources humaines les modifications sont redondantes et n’ajoutent rien de plus à la protection accordée au titre de l’article 38. Dans leur mémoire, les intimés affirment également que le fait d’encourager des

information does not necessarily warrant an interference with their vested rights.

[66] I cannot accept those arguments. The legislator does not speak unnecessarily and the new legislation is presumed to be remedial. As argued by the AGC, the new statutory provisions were meant to fill a perceived gap after it was confirmed by the Supreme Court of Canada that the absolute common law privilege protecting police informers did not apply to CSIS human sources. This meant that, in theory, a judge could decide to release information identifying such sources if he or she felt that the public interest in the disclosure prevailed. The adoption of section 18.1 signals that the legislator has balanced all the relevant factors and found that the public interest in the non-disclosure of this specific and somewhat limited type of information must trump all other rights, subject to paragraph 18.1(4)(b).

[67] It is also important to keep in mind that the legislator is presumed to know the law and how it has been applied. This means that the legislator, before adopting section 18.1, is presumed to have been aware of how section 38 has been applied and how the balancing between public interest in a disclosure versus the public interest in non-disclosure has been carried out. Indeed, the following remarks are also useful to assess the parameters of the vested right here in play.

[68] There was general agreement before us that as of now, the identity of human sources or of information tending to identify human sources has never been disclosed in the context of section 38 proceedings. This includes the section 38 proceeding in DES-1-10: the Judge expressly notes at paragraph 25 of his reasons that no such information was disclosed to the respondents in DES-1-10.

[69] The Judge also stated in his decision in *Almalki* 2010 that the primary public interest in disclosure, which exists to ensure that the trial court has the fullest possible access to all relevant material, is not an overriding consideration that will compel a decision to

personnes physiques à fournir des informations ne justifie pas nécessairement une atteinte à leurs propres droits acquis.

[66] Je ne peux souscrire à ces arguments. Le législateur ne parle pas inutilement, et le nouveau texte législatif est présumé apporter une solution de droit. Comme l'a fait valoir le PGC, les nouvelles dispositions législatives étaient destinées à combler une lacune apparente après que la Cour suprême du Canada eut confirmé que le privilège absolu de common law accordé aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS. Par conséquent, en théorie, un juge pouvait décider de révéler des renseignements permettant d'identifier ces sources s'il estimait que l'intérêt public l'emportait. L'adoption de l'article 18.1 signifie que le législateur a soupesé tous les facteurs pertinents et a jugé que l'intérêt public dans la non-communication de ce type précis et plutôt limité d'informations doit l'emporter sur tous les autres droits, sous réserve de l'alinéa 18.1(4)b.

[67] Il est également important de garder à l'esprit que le législateur est réputé connaître la loi et son application. Ainsi, il est réputé, avant d'adopter l'article 18.1, avoir été au fait de la manière dont l'article 38 a été appliqué ainsi que de la manière dont s'effectue la mise en balance de l'intérêt public militant pour et contre la communication. En effet, les remarques qui suivent sont également utiles lorsqu'il s'agit de circonscrire les paramètres du droit acquis en l'espèce.

[68] Il était généralement admis devant nous que l'identité des sources humaines ou que les informations qui tendraient à découvrir l'identité des sources humaines n'avaient jamais été communiquées à ce jour dans le cadre des instances qui soulevaient l'application de l'article 38, y compris dans le dossier DES-1-10. Le juge souligne expressément au paragraphe 25 de ses motifs qu'aucune information de ce genre n'avait été communiquée aux intimés dans le dossier DES-1-10.

[69] Le juge a également mentionné dans ses motifs dans la décision *Almalki* 2010 que le principal intérêt du public à la communication, dont l'objet est de faire en sorte que le tribunal de première instance dispose de tous les éléments pertinents possibles, ne constitue pas

disclose when national security is at stake (see *Almalki* 2010, at paragraph 178). It is also relevant to mention that in *Almalki* 2010, the Judge was very well aware of the public interest in holding government accountable for the alleged action and omission referred to in the respondents' civil proceedings. He noted however that despite the alleged breaches of their Charter rights, the security and Charter rights of the respondents are not presently at stake in the underlying proceedings (see Judge's reasons; *Almalki* 2010, at paragraphs 181–185; see also the comments of this Court in *Almalki* 2011, at paragraphs 32 and 33).

[70] When one considers the short delay between the Supreme Court decision in *Harkat* (May 2014) and the filing of Bill C-44 (October 2014), one can assume that Parliament saw the need to deal with the mischief addressed by the adoption of section 18.1 as urgent. That mischief was the perception that CSIS human sources were not automatically protected by a privilege of confidentiality akin to that of police informers, and that their protection was thus left entirely to the process set out in section 38.

[71] From this, I can only conclude that inasmuch as the respondents still have a “possibility”—albeit a remote one—of obtaining the disclosure of information identifying human sources under section 38, it is that very possibility that the legislator was addressing in adopting section 18.1.

[72] I agree with the *amicus* that section 18.1 would have been clearer and certainly made our task easier if the legislator had added, after “a proceeding before the Court” in subsection 18.1(2), the words “commenced before or after the coming into force of this subsection” (i.e., something similar to a transitional provision). However, when the actual words of the section are read in their proper context in accordance with the principles of purposive interpretation, the absence of this additional wording is not sufficient in my view to avoid the conclusion that the legislator intended to protect the

en soi le facteur déterminant justifiant la communication lorsque la sécurité nationale est en jeu (voir *Almalki* 2010, au paragraphe 178). Il est également pertinent de mentionner que, dans cette décision, le juge était pleinement conscient de l'importance pour l'intérêt public d'obliger l'Administration à répondre des présumés actes et omissions invoqués par les intimés dans les instances civiles. Il a toutefois souligné que, malgré les violations qu'ils invoquent à l'égard de leurs droits garantis par la Charte, la sécurité et les autres droits que la Charte garantit aux intimés ne sont pas actuellement en jeu dans les instances principales (voir les motifs du juge; *Almalki* 2010, aux paragraphes 181 à 185; voir également les commentaires de notre Cour dans l'arrêt *Almalki* 2011, aux paragraphes 32 et 33).

[70] Lorsque l'on prend en considération le court laps de temps entre le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Harkat* (mai 2014) et le dépôt du projet de loi C-44 (octobre 2014), on peut supposer que le législateur estimait qu'il était urgent de remédier à ce mal par l'adoption de l'article 18.1. Ce mal consistait en la perception selon laquelle les sources humaines du SCRS n'étaient pas automatiquement protégées par un privilège d'anonymat s'apparentant à celui accordé aux indicateurs de police, et que leur protection dépendait entièrement de la procédure prescrite à l'article 38.

[71] Force m'est donc de conclure que c'est justement les cas où les intimés ont la « possibilité », même faible, d'obtenir la communication de renseignements permettant de découvrir l'identité de sources humaines par le jeu de l'article 38 que le législateur visait en adoptant l'article 18.1.

[72] Je suis d'accord avec l'*amicus* pour dire que l'article 18.1 aurait été plus clair et aurait certainement rendu notre tâche plus facile si le législateur avait ajouté, après « une instance devant un tribunal » au paragraphe 18.1(2), la précision « intentée avant ou après l'entrée en vigueur du présent paragraphe » (soit un libellé s'apparentant à celui d'une disposition transitoire). Cependant, lorsqu'on interprète les termes de la disposition à la lumière de leur contexte conformément aux principes d'interprétation téléologique, l'absence de ces mots ne suffit pas, à mon avis, à empêcher la

disclosure of the information described in section 18.1 in all proceedings.

[73] I agree with the AGC that when one considers the slight possibility of the respondents obtaining information that would identify human sources in the context of their section 38 proceeding, against the clear intention of Parliament to protect the life and security of every individual who is a human source (ongoing status), it is difficult, if not impossible, to conclude that Parliament would have intended to leave the possibility of a disclosure open. This is so because in the legislator's view, disclosure could have a direct impact on the life and security of human sources. Moreover, in my view, if it became known that the life of a human source was actually threatened or lost, regardless of when that person became a source, it could have an impact on CSIS' ability to recruit new human sources.

[74] Although this is not decisive, I also consider that the interference with the rights under review is not in this case arbitrary, nor is it unduly unfair. Under section 38, the Judge would still ensure that the respondents get as much information as possible in respect of the substance of the information that was actually conveyed by the source. Further, subsection 18.1(4) sets out a number of protections to which the respondents may resort to, if necessary.

[75] Indeed, it is important to recall that the new scheme set out in section 18.1 includes the ability for parties like the respondents or the *amicus* to apply to the Court to challenge whether an individual is a human source within the meaning of the CSIS Act and whether information said to tend to identify such a source actually does.

[76] I also have some reservations with the view that the definition of "human source" in the CSIS Act is much broader than the definition of human source used by judges in the past. It may well be that CSIS has not been discriminate enough in the past in determining whether an individual is a "true" human source or not,

conclusion que le législateur avait l'intention d'interdire la communication des informations indiquées à l'article 18.1 dans toutes les instances.

[73] Je suis d'accord avec le PGC pour dire que, vu la faible possibilité que les intimés obtiennent des informations susceptibles de découvrir l'identité de sources humaines dans l'instance qui soulève l'application de l'article 38, compte tenu de l'intention claire du législateur de protéger la vie et la sécurité de toute personne physique qui est une source humaine (statut en cours), il est difficile, voire impossible, de conclure que le législateur avait l'intention de ménager la possibilité d'une communication. Cette conclusion s'impose, car, selon le législateur, la communication pourrait avoir une incidence directe sur la vie et la sécurité des sources humaines. Qui plus est, à mon avis, si l'on apprenait que la vie d'une source humaine est menacée ou perdue, peu importe le moment où cette personne est devenue une source, une telle situation pourrait miner la faculté pour le SCRS de recruter de nouvelles sources humaines.

[74] Bien que cela ne soit pas déterminant, j'estime également que l'atteinte aux droits en cause n'est, en l'espèce, ni arbitraire ni injuste. L'article 38 oblige le juge à veiller à ce que les intimés reçoivent le plus d'informations possible quant à la teneur des informations ayant été véritablement transmises par la source. De plus, le paragraphe 18.1(4) énonce diverses protections auxquelles les intimés peuvent avoir recours, le cas échéant.

[75] En effet, il est important de se rappeler que le nouveau régime énoncé à l'article 18.1 prévoit la faculté, pour les parties comme les intimés ou l'*amicus*, de soumettre une demande à la Cour en vue de contester le fait qu'une personne physique est une source humaine au sens de la Loi sur le SCRS et que les informations qui tendraient à découvrir l'identité d'une telle source permettent bel et bien d'identifier la source.

[76] J'ai également quelques réserves relativement à l'argument selon lequel la définition de « source humaine » dans la Loi sur le SCRS est beaucoup plus large que celle qu'employaient antérieurement les juges pour la même expression. Il est bien possible que, par le passé, le SCRS n'ait pas fait preuve de suffisamment de

but given the impact of section 18.1, I am confident that the courts will now very carefully monitor this process. It is too early to assume that the definition in section 2 of the CSIS Act will be construed broadly. One must wait for the jurisprudence to develop in the context of applications under subsection 18.1(2).

[77] I am satisfied that the presumption against interference with vested rights is rebutted in this case.

[78] For all the foregoing reasons, I conclude that section 18.1 is applicable to the section 38 proceeding in DES-1-11 and I propose to allow the appeal. I would set aside the judgment of the Federal Court and, rendering the decision that should have been made, I would declare that section 18.1 of the CSIS Act applies in the proceeding in DES-1-11.

SCOTT J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

APPENDIX A

Offence to disclose identity

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

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

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

can be inferred.

discernement quand il s'agissait de décider si une personne physique constituait une « véritable » source humaine, mais, compte tenu de l'incidence de l'article 18.1, je suis persuadée que les tribunaux surveilleront dorénavant très attentivement ce processus. Il est trop tôt pour présumer que la définition à l'article 2 de la Loi sur le SCRS recevra une interprétation large. Nous devons attendre que la jurisprudence se développe dans le contexte de demandes soulevant l'application du paragraphe 18.1(2).

[77] Je suis convaincue que la présomption contre l'atteinte aux droits acquis est réfutée en l'espèce.

[78] Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, je conclus que l'article 18.1 s'applique à l'instance qui soulève l'application de l'article 38 dans le dossier DES-1-11, et je propose d'accueillir l'appel. J'annulerais le jugement de la Cour fédérale et, en rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je déclarerais que l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS s'applique à l'instance dans le dossier DES-1-11.

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

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

ANNEXE A

Infraction

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

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

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

Exceptions

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

Offence

(3) Everyone who contravenes subsection (1)

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

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

Authorized disclosure of information

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

Idem

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

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

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

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

Exceptions

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

Infraction

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

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

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

Autorisation de communication

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

Idem

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

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

b) lorsqu'elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu'il désigne à cette fin;

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

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

Report to Review Committee

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

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

Rapport au comité de surveillance

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