

DES-7-08
2012 FC 669

DES-7-08
2012 CF 669

IN THE MATTER OF a Certificate Signed Pursuant to Subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*;

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR)*;

IN THE MATTER OF the Referral of a Certificate to the Federal Court of Canada Pursuant to Subsection 77(1) of the IRPA;

ET le dépôt de ce certificat à la Cour fédérale conformément au paragraphe 77(1) de la LIPR;

AND IN THE MATTER of Mohamed Zeki Mahjoub

ET Mohamed Zeki Mahjoub

INDEXED AS: MAHJOUB (RE)

RÉPERTORIÉ : MAHJOUB (RE)

Federal Court, Blanchard J.—Toronto, April 23, 24; Ottawa, May 31, 2012.

Cour fédérale, juge Blanchard—Toronto, 23 et 24 avril; Ottawa, 31 mai 2012.

* Editor's Note: Please note that despite an error in paragraph numbering in the decision beginning at paragraph 139, no paragraphs are missing.

* Note de l'arrêtiiste: Veuillez noter que malgré une erreur de numérotation de paragraphes à partir du paragraphe 139, il n'y a aucun paragraphe manquant.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 24(1), Federal Courts Act, s. 50 — Respondent (Mahjoub) stating, in particular, that Department of Justice (DOJ) breaching his right to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file — Respondent's file left in confidential breakout room at Federal Court in Toronto by public counsel — ministers arguing applicant not establishing materials at issue privileged or not losing their privileged status — DOJ office sealed off when co-mingling of some documents becoming obvious — Order issued to have documents separated, returned to respective parties — Respondent claiming that all documents covered by solicitor-client and/or litigation privilege; claiming breach of Charter, s. 7 rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category — Whether respondent establishing that confidential information attributable to solicitor-client relationship or to litigation privilege in ministers' possession; if so, whether ministers rebutting presumption of risk that privileged material belonging to respondent, held by ministers, would be used to respondent's prejudice should proceedings continue; whether ministers' conduct connoting unfairness or vexatiousness to degree of contravening fundamental notions of justice, undermining integrity of judicial process; if so, what remedy considered appropriate — ministers indisputably taking documents from respondent's breakout room — Prothonotary's report

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés et à l'art. 50 de la Loi sur les Cours fédérales — Le défendeur (Mahjoub) a déclaré, en particulier, que le ministère de la Justice (MJ) avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels — Le dossier du défendeur a été laissé dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto par les avocats publics — Les ministres ont soutenu que le demandeur n'a pas démontré que les documents en cause étaient des documents confidentiels ou que ces documents n'avaient pas perdu cet attribut — Le bureau du MJ a été scellé lorsque l'amalgame de certains documents est devenu manifeste — Une ordonnance a été rendue pour que les documents soient séparés et remis à chacune des parties — Le défendeur a allégué que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès, et que les droits que lui reconnaît l'art. 7 de la Charte ont été violés sous deux aspects, soit la violation du secret professionnel de l'avocat et un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle — Il s'agissait de savoir si le défendeur a démontré que des renseignements confidentiels qui auraient été protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des

confirming that materials seized including solicitor work product, solicitor-client privileged material, litigation privileged material — Therefore, respondent meeting onus, establishing that ministers' counsel having possession of confidential information attributable to solicitor-client relationship; however, ministers rebutting presumption of prejudice — Respondent's contention that permanent stay of proceedings needed on basis of abuse of process that fell within residual category rejected — ministers' conduct, although negligent, unintentional, not affecting fairness of underlying proceeding — While ministers' conduct not impacting fairness of proceeding or prejudicing respondent, circumstances in present case leading to conclusion that appearance of fairness compromised — Consequently, abuse of process in residual category existing in this case — Remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice — Given circumstances herein, not clearest of cases that would warrant permanent stay of proceedings — Rather, lesser remedy available to ensure that any affront to appearance of fairness would not be manifested, perpetuated or aggravated through conduct of proceedings or by outcome — In interest of ensuring public confidence in administration of justice, certain members of ministers' team who accessed respondent's documents permanently removed from file — Although taking of respondent's documents constituting Charter, s. 8 "seizure", permanent stay of proceedings not appropriate remedy herein — Motion allowed in part.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — In motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming

communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres et dans l'affirmative, si les ministres ont réfuté la présomption qu'il existait un risque que les documents protégés appartenant au défendeur qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment du défendeur si l'instance se poursuivait; si la conduite des ministres traduisait un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire et dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée — Il a été acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail du défendeur — Le rapport du protonotaire confirmait qu'on trouvait, au nombre des documents saisis, le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès — Par conséquent, le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et il a démontré que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat; cependant, les ministres ont réfuté la présomption de préjudice — La prétention du défendeur selon laquelle la Cour devait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été rejetée — Bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente — Malgré le fait que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice au défendeur, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise — Par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce — Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice — Vu les circonstances de l'espèce, il ne s'agissait pas d'une situation claire qui aurait justifié une suspension permanente des procédures — Une réparation moindre pouvait être accordée en l'espèce pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande — Pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, certains membres de l'équipe des ministres qui ont eu accès aux documents du défendeur ont dû se retirer de façon permanente du dossier — Bien qu'en s'emparant des documents du défendeur, les ministres aient procédé à une « saisie » au sens de l'art. 8 de la Charte, la suspension permanente des procédures n'était pas appropriée dans les circonstances — Requête accueillie en partie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Dans le cadre de sa requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7 et 24(1) de la Charte canadienne des droits

that Department of Justice breaching his rights resulting from violation of solicitor-client privilege, abuse of process within residual category — Respondent meeting onus of establishing that ministers' counsel possessing confidential information attributable to solicitor-client relationship relevant to matter at hand but ministers rebutting presumption of prejudice — Based on evidence, reasonably informed person would be satisfied, in circumstances, that no real risk existing that respondent's privileged materials would be used to respondent's prejudice should proceeding continue — Nonetheless, circumstances herein leading to conclusion that appearance of fairness compromised; consequently, abuse of process in residual category existing — Therefore, remedy warranted to ensure that ministers' conduct not undermining society's expectation in administration of justice — Although permanent stay of proceedings not warranted herein, lesser remedy available, granted.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — In motion for, inter alia, permanent stay of proceedings in conformity with Canadian Charter of Rights and Freedoms ss. 7, 8, 24(1), respondent (Mahjoub) claiming that Department of Justice breaching his rights to retain, instruct legal counsel in private, rights to solicitor-client privilege, to litigation privilege by seizure, possession of all confidential material from file — Taking by ministers of respondent's documents constituting "seizure" under Charter, s. 8 — Although lesser remedy than permanent stay of proceedings provided herein, would nonetheless be appropriate for Federal Court to consider violation of respondent's Charter, s. 8 rights, significant delay caused thereby as factors in respondent's underlying motion for abuse of process.

This was a motion, *inter alia*, for a permanent stay of proceedings in conformity with sections 7, 8 and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and section 50 of the *Federal Courts Act*, an order releasing the respondent without conditions, an order reserving the parties' right to present further submissions for the retrieval, sealing or destruction of the co-mingled material, or, in the alternative, another appropriate remedy. In support of his motion, the respondent (Mahjoub) stated, in particular, that the Department of Justice (DOJ) breached his right to retain and instruct legal counsel in private, his rights to solicitor-client

et libertés, le défendeur (Mahjoub) a déclaré que le ministère de la Justice avait porté atteinte à ses droits résultant de la violation du secret professionnel de l'avocat et d'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle — Le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce, mais les ministres ont réfuté la présomption de préjudice — Sur le fondement de la preuve, une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y avait aucun risque véritable que les documents confidentiels du défendeur soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre — Néanmoins, les circonstances de l'espèce permettaient de conclure que l'apparence d'équité a été compromise; par conséquent, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis — Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice — Bien qu'une suspension permanente n'était pas justifiée en l'espèce, une réparation moindre pouvait être accordée.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Dans le cadre de sa requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux art. 7, 8 et 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés, le défendeur (Mahjoub) a allégué que le ministère de la Justice avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats, à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels — La prise de possession des documents du défendeur par les ministres constituait une « saisie » au sens de l'art. 8 de la Charte — Bien qu'une réparation moindre qu'une suspension permanente des procédures pouvait être accordée en l'espèce, il convenait néanmoins que la Cour se penche sur la question de la violation des droits garantis au défendeur par l'art. 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure du défendeur.

Il s'agissait d'une requête en vue d'obtenir, entre autres, la suspension permanente de l'instance conformément aux articles 7 et 8 et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, une ordonnance remettant en liberté le défendeur sans condition, une ordonnance accordant aux parties le droit de présenter d'autres observations relativement à la récupération, à la mise sous scellés ou à la destruction des documents amalgamés, ou, à titre subsidiaire, toute autre réparation jugée convenable. À l'appui de sa requête, le défendeur (Mahjoub) a déclaré, en particulier, que le ministère de la Justice (MJ)

privilege and to litigation privilege by the seizure and possession of all the confidential material from his file which was left in the confidential break out room at the Federal Court in Toronto by public counsel. The ministers argued in particular that the respondent did not establish that the materials at issue were privileged or that they did not lose their privileged status by virtue of the privileged information now being in the public domain.

After the public portion of the reasonableness hearing in this case was adjourned, the parties were advised to remove their materials from the courtroom. Some of the ministers' legal assistants attended the court where they moved documents belong to the ministers from the ministers' breakout room into the respondent's breakout room. The ministers' litigation team (ministers' team) working on the respondent's file discussed the retrieval and organization of the materials still at the courthouse. It was decided that some DOJ staff members would arrange for the return of the materials and organize them once they arrived. All of the boxes at the court were eventually transported to the offices of the DOJ. The material was sorted and organized into categories by a DOJ staff member. During the review of the material contained in the boxes, it was noted that some of the materials therein did not belong to the ministers' team but rather to public counsel, which was notified of this situation. Members of public counsel attended the DOJ's office to sort things out and both parties noticed that some of the loose documents were co-mingled. When the co-mingling of some of the documents became apparent, the office was sealed off and security measures were taken. No one was allowed to enter the room which housed the boxes until further notice. All members of the ministers' team who had entered the DOJ's office housing the documents at issue before it was sealed off were removed or temporarily removed from the ministers' litigation team pending a final determination of the respondent's motion.

After the hearing on the motions took place, it was ordered that to determine the proper remedy, if any, it was necessary to have the documents separated and returned to their respective parties to give them an opportunity to make submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. The separation process of the documents took place overseen by a Prothonotary who then filed his report with respect thereto. The report noted that the types of documents found to belong

avait porté atteinte à son droit de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats et à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès par la saisie et la prise de possession de la totalité des documents confidentiels se trouvant dans son dossier, que les avocats publics avaient laissés dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto. Les ministres ont soutenu que le défendeur n'avait pas démontré que les documents en cause sont des documents confidentiels ou que ces documents n'ont pas perdu cet attribut du fait qu'ils font maintenant partie du domaine public.

Après que le volet public de l'audience tenue sur le caractère raisonnable du certificat eut été ajourné, les parties ont été informées qu'elles devaient passer prendre leurs documents à la salle d'audience. Certaines assistantes juridiques des ministres se sont présentées à la Cour, où elles ont transféré dans la salle de réunion du défendeur les documents de ces derniers qui se trouvaient dans la salle de réunion des ministres. L'équipe du contentieux des ministres (l'équipe des ministres) qui s'occupait du dossier du défendeur a discuté de la récupération et du classement des documents se trouvant encore au palais de justice. On a décidé que certains membres du personnel du MJ prendraient des mesures pour récupérer les documents et les classeraient une fois reçus. Toutes les boîtes qui se trouvaient au palais de justice ont été finalement transportées aux bureaux du MJ. Un membre du personnel du MJ a procédé au tri et au classement des documents en créant des catégories. Durant l'examen des documents contenus dans les boîtes, on a constaté que certains des documents qui se trouvaient dans ces boîtes n'appartenaient pas à l'équipe des ministres, mais plutôt aux avocats publics qui ont été informés de la situation. Certains membres des avocats publics se sont présentés au bureau du MJ pour trier les documents s'y trouvant et les deux parties ont constaté que certains documents épars avaient été amalgamés. Après s'être rendu compte que certains des documents avaient été amalgamés, les avocats ont convenu de sceller le bureau et des mesures de sécurité ont été prises. Personne n'a été autorisé à entrer dans la pièce où se trouvaient les boîtes jusqu'à nouvel ordre. Tous les membres de l'équipe des ministres qui sont entrés dans la pièce du MJ où avaient été placés les documents en litige avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer de façon temporaire ou définitive de l'équipe du contentieux des ministres en attendant le sort final de la requête du défendeur.

Après l'audition sur la requête, la Cour a expliqué que, pour être en mesure de déterminer la réparation qu'il convenait, le cas échéant, d'accorder dans les circonstances, il était nécessaire de séparer les documents et de les remettre à chacune des parties pour leur donner la possibilité de faire valoir leur point de vue sur la nature et la portée du présumé préjudice. Un protonotaire s'est chargé du déroulement et de l'exécution du processus de séparation des documents et a

to the respondent included solicitor-work product, solicitor-client privileged material and litigation privileged material. The respondent alleged that all of his documents were covered by solicitor-client and/or litigation privilege

The respondent claimed a breach of his section 7 rights resulting from a violation of his solicitor-client privilege and abuse of process. In this case, the violation of solicitor-client privilege focussed on the right to a fair trial affected by the Crown's conduct.

The issues were whether the respondent established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege was in the ministers' possession; if so, whether the ministers rebutted the presumption that there was a risk that privileged material belonging to the respondent and held by the ministers would be used to the prejudice of the respondent should the proceedings continue; and whether the ministers' conduct connoted unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravened fundamental notions of justice and thus undermined the integrity of the judicial process; and, if so, what was the appropriate remedy in this case.

Held, the motion should be granted in part.

While the ministers did not dispute that some of the documents in their possession might contain privileged information, they argued that the respondent's evidence lacked the sufficient detail or the identification of specific documents to discharge his evidentiary burden. The ministers indisputably took documents from the respondent's breakout room located in immediate proximity to the courtroom after an adjournment late in the proceedings. The Prothonotary's report confirmed that materials seized included solicitor-work product, solicitor-client privileged material and litigation privileged material. The Prothonotary was well-suited to make such determinations. As a motions judge, he is routinely tasked with determining whether solicitor-client privilege attaches to contested documents during the disclosure stage of a proceeding. Such decisions determine the content of the record that is before the hearing judge. Therefore, the respondent met his onus and established that the ministers' counsel had possession of confidential information attributable to a solicitor-client relationship which was relevant to the matter at hand. The ministers thus bore the onus of rebutting the

ensuite déposé un rapport à cet effet. Le rapport notait que parmi les types de documents qui ont été attribués au défendeur, on trouvait le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Le défendeur a allégué que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.

Le défendeur a affirmé que la violation des droits que lui reconnaît l'article 7 résultait de la violation du secret professionnel de l'avocat et d'un abus de procédure. En l'espèce, la violation du secret professionnel de l'avocat visait le droit à un procès équitable que la conduite de la Couronne aurait compromis.

Il s'agissait de savoir si le défendeur a démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres; dans l'affirmative, si les ministres ont réfuté la présomption qu'il existait un risque que les documents protégés appartenant au défendeur qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment du défendeur si l'instance se poursuivait; et si la conduite des ministres traduisait un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire; et dans l'affirmative, quelle était la réparation appropriée en l'espèce.

Jugement : la requête doit être accueillie en partie.

Bien que les ministres n'aient pas contesté que certains des documents se trouvant en leur possession pouvaient contenir des renseignements confidentiels, ils ont fait valoir que la preuve présentée par le défendeur n'était pas suffisamment détaillée et n'identifiait pas de document précis, pour qu'il soit en mesure de s'acquitter de son fardeau de la preuve. Il a été acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail du défendeur située juste à côté de la salle d'audience après que l'audience eut été ajournée à un stade avancé de l'instance. Le rapport du protonotaire a confirmé qu'on trouvait, au nombre des documents saisis, le produit du travail des avocats, des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat et des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Le protonotaire est bien placé pour parvenir à de telles conclusions. En tant que juge des requêtes, il lui revient normalement de décider si les documents contestés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat, à l'étape de la divulgation de l'instance. Ces décisions ont pour effet de circonscrire le contenu du dossier qui sera soumis au juge

legal presumption that there was a risk that such confidences would be used to the respondent's prejudice.

Following public counsel's visit to the DOJ's office, the office was locked and a yellow caution tape was affixed to the entrance to the office. Keys of the office were secured and the office remained sealed until the materials were ordered back to the courthouse. All members of the ministers' litigation team who had entered the office before it was sealed were temporarily removed from the team pending final determination of the motion. Further, certain ethical walls were set up to ensure that the removed members of the team would not discuss what they saw, if anything, of the documents in the office in question nor did they have access to the files relating to the case. The ethical walls put in place were rigidly applied and were respected since their implementation. The measures put in place by the ministers after public counsel's visit of the office in question to secure that office and the materials therein were appropriate and effective in the circumstances. The evidence adduced by the ministers established that the members of the respondent's team who accessed the respondent's documents performed only a cursory and superficial review of the said documents. No member of the respondent's team reviewed the documents belonging to the respondent. As well, based on the evidence, representatives of departmental clients involved did not enter the office in question at the DOJ in Toronto; thus, they did not have access to the respondent's privileged materials. In the result, no prejudice to the respondent's fair trial rights resulted from the office in question remaining unlocked prior to public counsel's visit thereof. Furthermore, the proceeding mandated by the court order led by the Prothonotary was meticulously carried out and did not in any way further contribute to any prejudice the taking of the documents may have caused. No prejudice to the respondent resulted from the separation process conducted by the Prothonotary pursuant to the court order. Based on the evidence, the ministers rebutted the presumption of prejudice. A reasonably informed person would be satisfied, in the circumstances, that there was no real risk that the respondent's privileged materials, which were in the possession of the ministers, would be used to his prejudice should the proceeding continue. The fairness of the trial was not in question.

qui présidera l'audience. Par conséquent, le défendeur s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et il a démontré que les avocats des ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce. Il incombait ainsi aux ministres de réfuter la présomption légale suivant laquelle il existait un risque que les renseignements confidentiels qu'ils avaient obtenus soient utilisés au détriment du défendeur.

À la suite de la visite des avocats publics au bureau du MJ, le bureau a été verrouillé et sécurisé au moyen d'un ruban jaune installé dans l'entrée du bureau. On a alors confisqué les clés du bureau, qui est demeuré scellé jusqu'à ce que les documents soient retournés au palais de justice. Tous les membres de l'équipe du contentieux des ministres qui avaient eu accès à la pièce avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer temporairement de l'équipe en attendant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de la requête. De plus, certains murs éthiques ont été érigés pour faire en sorte que les membres de l'équipe qui avaient dû se retirer ne discutent pas de ce qu'ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents se trouvant dans la pièce et pour s'assurer qu'ils n'aient pas accès aux dossiers relatifs à l'affaire. Les murs éthiques qui ont été érigés ont été scrupuleusement respectés depuis leur mise en œuvre. Les mesures prises par les ministres après la visite des avocats publics dans la pièce visée pour sécuriser cette pièce et protéger les documents s'y trouvant étaient appropriées et efficaces dans les circonstances. Les éléments de preuve présentés par les ministres ont démontré que les membres de l'équipe du défendeur qui ont eu accès aux documents de ce dernier ont procédé seulement à un examen sommaire et superficiel des documents en question. Aucun des membres de l'équipe du défendeur n'a examiné les documents appartenant au défendeur. De plus, au vu de la preuve, les représentants des ministères clients visés ne sont pas entrés à l'intérieur de la pièce du MJ à Toronto; il s'ensuit qu'ils n'ont pas eu accès aux documents confidentiels du défendeur. Par conséquent, aucune atteinte n'a été portée au droit du défendeur à un procès équitable du fait que la pièce n'était pas verrouillée avant la visite des avocats publics. En outre, la procédure prescrite aux termes de l'ordonnance de la Cour a été méticuleusement suivie par le protonotaire et cette procédure n'a aucunement contribué à aggraver le préjudice que la prise de possession des documents aurait pu causer. Aucun préjudice n'a été causé au défendeur en raison du processus de séparation suivi par le protonotaire conformément à l'ordonnance judiciaire. Sur le fondement de la preuve produite, les ministres ont réfuté la présomption de préjudice. Une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y a eu aucun risque véritable que les documents confidentiels du défendeur qui se sont retrouvés en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre. L'équité du procès n'était pas en cause.

The respondent contended that a permanent stay of proceedings should be granted on the basis of an abuse of process that fell within the residual category. It had to be determined whether the taking and co-mingling of the documents undermined society's expectations of fairness in the administration of justice to the point that the carrying forward of the prosecution would offend society's sense of justice. Based on the evidence, the ministers' conduct, although negligent, was unintentional and did not affect the fairness of the underlying proceeding. The privileges in play on this motion are central to the administration of justice in an adversarial system. Notwithstanding the determination that the ministers' conduct did not impact on the fairness of the proceeding or prejudice the respondent, the appearance of fairness in the judicial process is of utmost importance. The circumstances in this case led to the conclusion that the appearance of fairness was compromised. Consequently, there was an abuse of process in the residual category. A remedy was warranted to ensure that the ministers' conduct did not undermine society's expectation in the administration of justice. In the circumstances, this was not the clearest of cases that would warrant a permanent stay of proceedings. Rather, a lesser remedy was available to ensure that any affront to the appearance of fairness would not be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the proceedings or by their outcome. An essential balancing exercise is required where an abuse of process is found in the residual category of cases which involves weighing the interests that would be served in granting a stay of proceedings against society's interest in having a final decision on the merits. The affront to fair play and decency caused by the ministers' taking and co-mingling of the respondent's privileged documents in this case was not disproportionate to the societal interest of having the underlying proceeding continue and be ultimately decided on the merits. In the interest of ensuring public confidence in the administration of justice, certain members of the ministers' team who accessed the respondent's documents were permanently removed from the file and barred from having access to any of the materials or information relating to the file. Permanently removing those members of the ministers' team constituted a lesser remedy that was reasonably capable of removing the prejudice found to arise by reason of the abuse of process in the residual category. A person reasonably informed of the totality of the circumstances would be satisfied that the proceedings could continue without a loss of confidence in the integrity of the administration of justice.

Le défendeur a prétendu que la Cour devrait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle. Il s'agissait de déterminer si les circonstances dans lesquelles les documents ont été saisis et amalgamés avaient eu pour effet de miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice au point où la poursuite des procédures choquerait le sens de la justice de la société. Selon la preuve, bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente. Les privilèges en jeu dans la présente requête ont constitué un aspect central de l'administration de la justice dans un système fondé sur le principe du débat contradictoire. Malgré la conclusion que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice au défendeur, l'apparence d'équité du processus judiciaire revêt une importance capitale. Les circonstances de l'espèce ont permis de conclure que l'apparence d'équité a été compromise. En conséquence, un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce. Il convenait d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice. Dans les circonstances, il ne s'agissait pas d'une situation claire qui aurait justifié une suspension permanente des procédures. Une réparation moindre pouvait être accordée pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne serait pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande. Il est essentiel de chercher à atteindre un équilibre lorsqu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle de cas est commis. Pour ce faire, il faut soupeser les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. L'atteinte au franc jeu et à la décence causée par la saisie et par l'amalgame, par les ministres, des documents confidentiels du défendeur, n'était pas disproportionnée par rapport à l'intérêt de la société de faire en sorte que l'instance sous-jacente se poursuive et qu'une décision définitive soit rendue sur le fond. Pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, certains membres de l'équipe des ministres qui ont eu accès aux documents du défendeur ont été retirés de façon permanente du dossier et il leur a été interdit d'avoir accès aux documents ou renseignements se rapportant au dossier. Ordonner à ces membres de l'équipe des ministres de se retirer du dossier de façon permanente constituait une réparation moindre qui était raisonnablement susceptible d'éviter le préjudice dont l'existence a été constatée en raison de l'abus de procédure commis en l'espèce et qui relève de la catégorie résiduelle. Une personne raisonnable informée de l'ensemble des circonstances serait convaincue que l'instance pouvait se poursuivre sans perte de confiance à l'égard de l'intégrité de l'administration de la justice.

The taking by the ministers of the respondent's documents constituted a "seizure" under section 8 of the Charter. The permanent stay of proceeding sought by the respondent was not appropriate in the circumstances but a lesser remedy was available and to be provided. It would nonetheless be appropriate for the Federal Court to consider the violation of the respondent's section 8 Charter rights and the significant delay caused thereby as factors in the respondent's underlying motion for abuse of process.

En s'emparant des documents du défendeur, les ministres ont procédé à une saisie au sens de l'article 8 de la Charte. La suspension permanente des procédures réclamée par le défendeur n'était pas appropriée dans les circonstances, mais il était possible en l'espèce d'accorder une réparation moindre et c'est ce qui a été fait. Il conviendrait néanmoins que la Cour fédérale se penche sur la question de la violation des droits garantis au défendeur par l'article 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure du défendeur.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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], ss. 7, 8, 24.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50.

CASES CITED

APPLIED:

MacDonald Estate v. Martin, [1990] 3 S.C.R. 1235, (1990), 77 D.L.R. (4th) 249, [1991] 1 W.W.R. 705; *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, 269 D.L.R. (4th) 193, 30 C.P.C. (6th) 193; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, 502 A.R. 18, 335 D.L.R. (4th) 565.

CONSIDERED:

Solosky v. The Queen, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, 312 A.R. 201, 216 D.L.R. (4th) 257; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, 232 D.L.R. (4th) 14, 178 C.C.C. (3d) 321; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, 195 D.L.R. (4th) 513; *Jaballah (Re)*, 2010 FC 1084, [2012] 2 F.C.R. 179; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235, [1996] 2 W.W.R. 153; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, 201 N.S.R. (2d) 63, 209 D.L.R. (4th) 41; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, (1997), 151 D.L.R. (4th) 119, 1 Admin. L.R. (3d) 1; *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, (1997), 200 A.R. 81, 148 D.L.R. (4th) 608; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 1999 CanLII 9120, 179 F.T.R. 125 (F.C.T.D.), revd in part 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4th) 127, 21 Admin. L.R. (3d) 1, 256 N.R. 162 (F.C.A.);

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 8, 24.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Solosky c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 821; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Jaballah (Re)*, 2010 CF 1084, [2012] 2 R.C.F. 179; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 R.J.O. (3^e) 721; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 1999 CanLII 9120 (C.F. 1^{re} inst.), inf. en partie 2000 CanLII 15247 (C.A.F.); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353.

R. v. Grant, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, 309 D.L.R. (4th) 1, 245 C.C.C. (3d) 1.

REFERRED TO:

Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36, 341 D.L.R. (4th) 681, 4 Imm. L.R. (4th) 1; *Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 322; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, (1994), 113 D.L.R. (4th) 461, 89 C.C.C. (3d) 289; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, (1996), 131 D.L.R. (4th) 654, 69 B.C.A.C. 81; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508, [1987] 3 W.W.R. 699; *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, 270 D.L.R. (4th) 257, 47 Admin. L.R. (4th) 84; *R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 O.R. (3d) 272; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, 297 D.L.R. (4th) 193, [2008] 11 W.W.R. 414; *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, 380 F.T.R. 255, revd 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 260 C.R.R. (2d) 290.

MOTION, in particular, for a permanent stay of proceedings involving the reasonableness of a security certificate, in conformity with sections 7, 8 and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and section 50 of the *Federal Courts Act* or another appropriate remedy in the circumstances. Motion granted in part.

APPEARANCES

Donald MacIntosh, Ian Hicks and Kevin Doyle for applicants.
Paul Slansky and Johanne Doyon for respondent.
Anil Kapoor as special advocate.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicants.
Doyon & Associés Inc., Montréal, and *Paul Slansky*, Toronto, for respondent.
Anil Kapoor, Toronto, as special advocate.

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

DÉCISIONS CITÉES :

Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36; *Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CAF 322; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319; *R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 R.J.O. (3^e) 272; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, inf. par 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635.

REQUÊTE en vue d'obtenir, en particulier, la suspension permanente de l'instance portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité conformément aux articles 7 et 8 et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et à l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* ou toute autre réparation jugée convenable. Requête accordée en partie.

ONT COMPARU

Donald MacIntosh, Ian Hicks et Kevin Doyle pour les demandeurs.
Paul Slansky et Johanne Doyon pour le défendeur.
Anil Kapoor comme avocat spécial.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les demandeurs.
Doyon & Associés Inc., Montréal, et *Paul Slansky*, Toronto, pour le défendeur.
Anil Kapoor, Toronto, comme avocat spécial.

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

[1] BLANCHARD J.: By notice of motion dated September 16, 2011, Mr. Mahjoub seeks:

(i) A permanent stay of proceedings in conformity with sections 7, 8 and [subsection] 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, [Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c. 11] (hereinafter the *Charter*) and section 50 of the *Federal Courts Act* [R.S.C. 1985, c. F-7];

(ii) An order for the release without conditions of the Applicant;

(iii) An order reserving the right of the parties to present further submissions for the retrieval, sealing or destruction of the co-mingled material;

(iv) in the alternative, such further and other remedy as this Honourable Court considers appropriate and just in the circumstances including the removal of [Department of Justice] DOJ counsel and legal staff on record and CBSA [Canadian Border Services Agency]/ CSIS [Canadian Security Intelligence Service] staff.

[2] Mr. Mahjoub states the following grounds in support of his motion:

1. The Department of Justice (DOJ) breached Mr. Mahjoub's right to retain and instruct legal counsel in private, his rights to solicitor-client privilege and to litigation privilege by:

(i) The seizure and the possession, on or about July 20 and 21, 2011, of the entirety of confidential material from Mr. Mahjoub's file, which was left in the confidential break out room at the Federal Court in Toronto by Public Counsel;

(ii) The manipulation of the confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff members and/or legal counsel between July 20-21 and September 1, 2011;

(iii) The co-mingling of confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff members and/or legal counsel with material from the DOJ's file;

[1] LE JUGE BLANCHARD : Par avis de requête daté du 16 septembre 2011, M. Mahjoub sollicite les réparations suivantes :

[TRADUCTION] i. la suspension permanente des procédures en vertu des articles 7 et 8 et du paragraphe 24(1) 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* (R.-U.), 1982, ch. 11] (ci-après la *Charte*) et de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. 1985, ch. F-7];

ii. une ordonnance le remettant en liberté sans condition;

iii. une ordonnance accordant aux parties le droit de présenter d'autres observations relativement à la récupération, à la mise sous scellés ou à la destruction des documents amalgamés;

iv. à titre subsidiaire, toute autre réparation que la Cour estimera convenable et juste d'accorder dans les circonstances, dont le retrait du dossier des avocats et du personnel juridique du ministère de la Justice qui se sont occupés du dossier et du personnel de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS);

[2] Monsieur Mahjoub invoque les moyens suivants à l'appui de sa requête :

[TRADUCTION] 1. Le ministère de la Justice a porté atteinte au droit de M. Mahjoub de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé, à son droit à la protection du secret professionnel des avocats et à son droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès en prenant les mesures suivantes :

(i) la saisie et la prise de possession, les 20 et 21 juillet 2011 ou vers ces dates, de la totalité des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub, que les avocats publics avaient laissés dans la salle de travail privée de la Cour fédérale à Toronto;

(ii) la manipulation des documents confidentiels qui se trouvaient dans le dossier de M. Mahjoub par des membres du personnel et/ou par des avocats du ministère de la Justice entre les 20 et 21 juillet et le 1^{er} septembre 2011;

(iii) l'amalgame, par des membres du personnel et/ou par des avocats du ministère de la Justice, des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub avec des documents se trouvant dans le dossier du ministère de la Justice;

(iv) The review of confidential material from Mr. Mahjoub's file by DOJ staff and one or more litigation counsel;

II. The separation and retrieval of the co-mingled documents would necessarily imply reading a part of the documents by both parties in order to assess what belongs to whom and it is therefore impossible to do without a risk of breach of solicitor-client privilege and/or litigation privilege and a risk of favouring the ministers.

III. This breach of Mr. Mahjoub's right to solicitor-client privilege and litigation privilege is aggravated by the fact that the Applicant's right to retain and communicate in private with his lawyers has already been systematically violated by CSIS, since 1996, during the investigation by the application of OPS-211 and during the Court proceedings.

[3] In essence, Mr. Mahjoub argues that there has been a violation of his section 7 and section 8 Charter [*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]] rights as a result of the ministers taking possession of his documents and that the only appropriate remedy is a permanent stay of proceedings.

[4] In response, the ministers argue that Mr. Mahjoub has not established that the materials at issue are privileged, or that the materials have not lost their privileged status by virtue of the privileged information now being in the public domain. They contend that, should the Court find that privilege is established, they have rebutted the legal presumption. They argue that there is no risk that the information will be used to prejudice Mr. Mahjoub should the proceedings continue because no one from the ministers' team read Mr. Mahjoub's documents. Finally, the ministers argue that, were the Court to find that they have not rebutted the legal presumption of risk, a stay of proceedings is not the appropriate remedy in the circumstances.

(iv) l'examen des documents confidentiels se trouvant dans le dossier de M. Mahjoub par des membres du personnel du ministère de la Justice par un ou plusieurs avocats plaidants;

II. Pour séparer et récupérer les documents amalgamés, il faudrait nécessairement que les deux parties prennent connaissance d'une partie des documents pour déterminer à qui ils appartiennent, de sorte qu'il serait impossible de le faire sans risquer de porter atteinte au droit à la protection du secret professionnel des avocats et/ou au droit à la protection des communications échangées dans le cadre du procès et sans risquer de favoriser les ministres.

III. Cette atteinte au droit de M. Mahjoub à la protection du secret professionnel des avocats et des communications échangées dans le cadre du procès est aggravée par le fait que le droit du demandeur de recourir à l'assistance d'avocats et de leur donner ses instructions en privé a déjà été systématiquement violé par le SCRS depuis 1996 au cours de l'enquête menée en vertu de la politique OPS-211 du SCRS et au cours des instances qui se sont déroulées devant la Cour.

[3] Monsieur Mahjoub soutient essentiellement que les droits que les articles 7 et 8 de la Charte [*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]] lui reconnaissent ont été violés par suite de la prise de possession par les ministres de ses documents et que la seule réparation qui convient consiste à suspendre définitivement les procédures.

[4] En réponse, les ministres soutiennent que M. Mahjoub n'a pas démontré que les documents en cause sont des documents confidentiels ou que ces documents n'ont pas perdu cet attribut du fait qu'ils font maintenant partie du domaine public. Les ministres soutiennent qu'advenant le cas où la Cour conclurait que l'existence du privilège en question était démontrée, ils ont réfuté cette présomption légale. Ils font valoir qu'il n'y a aucun risque que les renseignements soient utilisés de façon préjudiciable à M. Mahjoub si l'instance devait se poursuivre étant donné qu'aucun des membres de l'équipe des ministres n'a pris connaissance des documents de M. Mahjoub. Enfin, les ministres soutiennent qu'advenant le cas où la Cour conclurait qu'ils n'ont pas réfuté la présomption légale de risque, la suspension des procédures ne constitue pas la réparation appropriée dans les circonstances.

FACTS

[5] The following events give rise to this motion.

[6] On July 14, 2011, the public portion of the reasonableness hearing in Toronto was adjourned. At this time, there remained four witnesses to be called. Although no dates for their testimony had been set, the reasonableness hearing was to resume in late August or early September 2011.

[7] On July 15, 2011, the designated Registry officer advised the parties to remove their materials from the courtroom with the following email:

Just to let you all know that while Courtroom 6-D needs to be cleaned out by the end of next week you can continue to store any material in your respective breakout rooms until we reconvene in late August early September here in Toronto.

[8] On the same day, the ministers advised the designated Registry officer by email that two legal assistants would arrive at the Court at approximately 2.00 p.m. to assess the situation and to possibly take some or all of the materials back to the DOJ. The designated Registry officer replied advising that the commissionaires on the 6th floor would be expecting them.

[9] The ministers' legal assistants Ms. Kamal Dean and Ms. Irena Krakowska attended the Court on that afternoon. A commissionaire unlocked courtroom 6-D as well as the adjacent breakout rooms 6013 (the ministers' breakout room) and 6011 (Mr. Mahjoub's breakout room).

[10] In her affidavit, Ms. Dean claims that the commissionaire asked them to move the documents from breakout room 6013 to breakout room 6011, as the former was going to be used before the resumption of Mr. Mahjoub's case. A report by the Registry requested by the Court and provided to the parties revealed that the commissionaire denies having given such instructions.

LES FAITS

[5] Voici les faits à l'origine de la présente requête.

[6] Le 14 juillet 2011, le volet public de l'audience tenue à Toronto sur le caractère raisonnable du certificat a été ajourné. Il restait alors quatre témoins à entendre. Même si la date de leur témoignage n'avait pas encore été fixée, l'audience sur le caractère raisonnable du certificat devait reprendre à la fin d'août ou au début de septembre 2011.

[7] Le 15 juillet 2011, l'agent du greffe désigné a informé les parties, par le courriel suivant, qu'elles devaient passer prendre leurs documents à la salle d'audience :

[TRADUCTION] La présente vise simplement à vous informer que, comme la salle d'audience 6-D doit être nettoyée d'ici la fin de la semaine prochaine, vous pouvez continuer à entreposer vos documents dans vos salles de réunion respectives jusqu'à la reprise de l'audience à la fin d'août ou au début de septembre, ici à Toronto.

[8] Le même jour, les ministres ont informé par courriel l'agent du greffe désigné que deux assistantes juridiques se présenteraient à la Cour vers 14 h pour évaluer la situation et pour ramener probablement une partie ou la totalité des documents dans les bureaux du ministère de la Justice. L'agent du greffe désigné a répondu en expliquant que les commissionaires du 6^e étage attendraient les assistantes juridiques en question.

[9] Les assistantes juridiques des ministres, M^{mes} Kamal Dean et Irena Krakowska, se sont présentées à la Cour au cours de l'après-midi. Un commissionaire a déverrouillé la salle d'audience 6-D ainsi que les salles de réunion adjacentes 6013 (la salle de réunion des ministres) et 6011 (la salle de réunion de M. Mahjoub).

[10] Dans son affidavit, M^{me} Dean affirme que le commissionaire leur a demandé de transférer les documents de la salle de réunion 6013 à la salle de réunion 6011, étant donné que la première allait servir avant la reprise de l'audience relative à M. Mahjoub. Suivant le rapport du greffe qui a été demandé par la Cour et qui a été transmis aux parties, le commissionaire n'aurait pas donné de telles instructions. Les parties n'ont finalement

Ultimately, the parties have not disputed the findings of the report nor have they pursued this issue.

[11] The evidence establishes that the ministers' legal assistants moved documents belonging to the ministers from the courtroom and the ministers' breakout room into Mr. Mahjoub's breakout room. Loose papers on the ministers' counsel table in the courtroom and on the tables in the breakout rooms were packed in several boxes.

[12] Upon their return to the DOJ on the same day, July 15, 2011, Ms. Dean sent an email to the ministers' litigation team working on the Mahjoub file (Mahjoub team) advising that she and Ms. Krakowska had "emptied courtroom 6D & prep room 6013 [and] moved everything to prep room 6011 for now". The record does not establish who was on the Mahjoub team but the team includes legal counsel, legal assistants and a paralegal. The record also indicates that no one from the Mahjoub team responded to the email.

[13] On July 19, 2011, the Mahjoub team met and discussed the retrieval and organization of the materials still at the courthouse. It was decided that Ms. Dean would arrange for the return of the materials and Ms. Jillian Schneider, a paralegal at the DOJ, would organize the materials once they arrived.

[14] On July 20, 2011, Ms. Dean returned to the Court with legal assistants for the ministers Larissa Goodyear, Janet Lewicki and Geneviève Rondeau. They collected some of the boxes that were now in Mr. Mahjoub's breakout room and brought them to office 916 at the DOJ in Toronto. Ms. Dean and Ms. Goodyear collected the remainder of the boxes on July 21, 2011. Ms. Dean attests that all of the documents were packed in boxes, which remained closed during transportation. Also on July 21, 2011, Ms. Dean emailed the Mahjoub team advising that all of the boxes from the Court were now in office 916 at the DOJ.

pas contesté les conclusions du rapport et n'ont pas donné suite à la question.

[11] Suivant la preuve, les assistantes juridiques des ministres ont transféré dans la salle de réunion de M. Mahjoub les documents de ces derniers qui se trouvaient dans la salle d'audience et dans la salle de réunion des ministres. Les feuilles volantes se trouvant sur la table des avocats des ministres, dans la salle d'audience ainsi que sur les tables des salles de réunion ont été placées dans diverses boîtes.

[12] À leur retour aux bureaux du ministère de la Justice le même jour, le 15 juillet 2011, M^{me} Dean a envoyé un courriel à l'équipe du contentieux des ministres qui s'occupe du dossier de M. Mahjoub (l'équipe Mahjoub) pour l'informer que M^{me} Krakowska et elle avaient [TRADUCTION] « vidé la salle d'audience 6D et la salle de réunion 6013 [et] tout transféré à la salle de réunion 6011 pour le moment ». Le dossier ne permet pas de savoir qui faisait partie de l'équipe Mahjoub, mais il est certain que cette équipe comprenait des avocats, des assistants juridiques et des techniciens juridiques. Il ressort également du dossier qu'aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'a répondu à ce courriel.

[13] Le 19 juillet 2011, l'équipe Mahjoub a tenu une réunion au cours de laquelle on a discuté de la récupération et du classement des documents se trouvant encore au palais de justice. On a décidé que M^{me} Dean prendrait des mesures pour récupérer les documents et que M^{me} Jillian Schneider, une technicienne juridique du ministère de la Justice, classerait les documents une fois qu'on les aurait reçus.

[14] Le 20 juillet 2011, M^{me} Dean est retournée au palais de justice en compagnie des assistantes juridiques des ministres Larissa Goodyear, Janet Lewicki et Geneviève Rondeau. Elles ont récupéré certaines des boîtes qui se trouvaient alors dans la salle de réunion de M. Mahjoub pour les transporter dans la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Mesdames Dean et Goodyear ont récupéré les autres boîtes le 21 juillet 2011. Madame Dean affirme que tous les documents ont été placés dans des boîtes qui sont demeurées fermées au cours du transport. Toujours le 21 juillet 2011, M^{me} Dean a envoyé à l'équipe Mahjoub un courriel

[15] During the mornings of July 25 to 27, 2011, Ms. Dean assisted Ms. Schneider in sorting documents in boxes stored in office 916. Ms. Dean helped Ms. Schneider verify that the boxes contained a complete copy of each exhibit, as established by an exhibit list. Ms. Dean only looked at the title page and back page of the documents and did not notice any handwritten annotations. Ms. Dean had no further involvement with the materials at issue after July 27, 2011. Ms. Schneider worked alone in office 916 for one to two hours in each of the afternoons of July 25–27, 2011.

[16] On August 8, 2011, Ms. Schneider met with Mr. Daniel Engel, counsel employed by DOJ and a member of the Mahjoub team, for approximately 10 minutes in office 916 for further instructions as to which materials needed to return to the Court for the eventual resumption of the hearing. Together, they opened two or three boxes and “flipped through the material”. “It became immediately clear that the contents of the boxes needed to be organized into categories” before further review could take place. Upon giving these instructions to Ms. Schneider, Mr. Engel left office 916 and had no further contact with the materials at issue. He does not recall having seen any materials belonging to Mr. Mahjoub.

[17] During the week of August 8, 2011, Ms. Schneider proceeded with the sorting and organization of the materials into categories on her own. Motion records filed by Mr. Mahjoub were filed in boxes labeled “Mahjoub Documents”; motion records filed by the ministers were filed in boxes labeled “Ministers’ Documents”; exhibits filed in the open court were filed in boxes labeled “Exhibits” according to the exhibit list kept by the Court. Other boxes were labeled “Court orders and directions”, “SIRS”, and “Transcripts and summaries”.

l’informant que toutes les boîtes récupérées à la Cour se trouvaient maintenant dans la pièce 916 du ministère de la Justice.

[15] Le matin des 25, 26 et 27 juillet 2011, M^{me} Dean a aidé M^{me} Schneider à trier les documents se trouvant dans des boîtes entreposées dans la pièce 916. Madame Dean a aidé M^{me} Schneider à s’assurer que les boîtes contenaient une copie complète de chaque pièce conformément à la liste des pièces. Madame Dean se contentait d’examiner la page titre et la dernière page des documents et n’a remarqué aucune annotation manuscrite. Madame Dean ne s’est plus occupée des documents en cause après le 27 juillet 2011. Madame Schneider a travaillé seule, à la pièce 916, pendant une heure ou deux l’après-midi des 25, 26 et 27 juillet 2011.

[16] Le 8 août 2011, M^{me} Schneider a rencontré M. Daniel Engel, avocat travaillant au ministère de la Justice qui faisait partie de l’équipe Mahjoub. Cette rencontre, qui a duré une dizaine de minutes et qui s’est déroulée dans la pièce 916, visait à obtenir des instructions complémentaires au sujet des documents qui devaient être retournés à la Cour en vue de l’éventuelle reprise de l’audience. Ils ont tous les deux ouvert deux ou trois boîtes et [TRADUCTION] « feuilleté les documents ». [TRADUCTION] « Il est immédiatement devenu évident qu’il était nécessaire de classer le contenu des boîtes en deux catégories » avant de poursuivre l’examen. Après avoir reçu ces instructions de M^{me} Schneider, M. Engel a quitté la pièce 916 et ne s’est plus occupé des documents en cause. Il ne se souvient pas avoir vu des documents appartenant à M. Mahjoub.

[17] Au cours de la semaine du 8 août 2011, M^{me} Schneider a procédé au tri et au classement des documents en créant ses propres catégories. Les dossiers de requête qui avaient été déposés par M. Mahjoub ont été placés dans des boîtes étiquetées [TRADUCTION] « Documents de M. Mahjoub »; les dossiers de requête déposés par les ministres ont été placés dans des boîtes portant la mention [TRADUCTION] « Documents des ministres »; les pièces déposées en séance publique ont été placées dans des boîtes portant la mention [TRADUCTION] « Pièces » suivant la liste de pièces tenues par la Cour. D’autres boîtes ont été étiquetées [TRADUCTION]

[18] In organizing the materials, Ms. Schneider looked at the title and the back page of documents to identify them. She did not read or look at the content of the documents and does not recall seeing handwritten notations on the documents that she looked at. She had received instruction from ministers' counsel to ensure that there be three copies of the exhibits — one to return to the Court, one to remain in the DOJ's offices and a third copy to be kept by the assistant to the lead counsel on the file. To that end, Ms. Schneider photocopied certain exhibits. In her estimation, she photocopied less than 100 pages. She also sent a small number of lengthy documents to be photocopied by Legal Print & Copy Inc., a bonded photocopying service used by the DOJ. The receipt the ministers believe to be related to the documents sent to Legal Print & Copy Inc. by Ms. Schneider indicates that 1 151 letter sized pages and 2 legal sized pages were photocopied.

[19] Ms. Schneider removed duplicates of documents and placed them on the floor in office 916. She also set aside eight boxes that contained "miscellaneous documents" (correspondence, handwritten notes and case law) for which she required further instructions as to their organization.

[20] On August 12, 2011, Ms. Schneider sent an email to the Mahjoub team explaining how she had organized the materials and asking whether a counsel could "go into office 916 during [her] vacation the following week to review the eight boxes of miscellaneous documents and advise how these documents were to be organized".

[21] Upon Ms. Schneider's return to work on August 22, 2011, she noticed that the eight boxes of miscellaneous documents had not been touched during her absence. She sent another email to the ministers' team requesting assistance from counsel. Ms. Sharon Stewart Guthrie, counsel of record and member of the

« Ordonnances et directives de la Cour », « RRS » et « Transcriptions et résumés ».

[18] Pour classer les documents, M^{me} Schneider examinait le titre et la dernière page des documents pour les identifier. Elle ne prenait pas connaissance du contenu des documents et ne se rappelle pas avoir vu des annotations manuscrites sur les documents qu'elle a examinés. Elle avait reçu pour instruction de la part des avocats des ministres de s'assurer qu'il y ait trois copies des pièces : une à retourner à la Cour, la deuxième devant être conservée aux bureaux du ministère de la Justice et la troisième à conserver par l'adjoint de l'avocat principal inscrit au dossier. À cette fin, M^{me} Schneider a photocopie certaines pièces. Elle estime avoir photocopie moins d'une centaine de pages. Elle a également envoyé une petite quantité de documents plus longs à photocopier chez Legal Print & Copy Inc., un service de photocopies et de reliure dont le ministère de Justice se servait. Suivant le reçu qui, suivant les ministres, se rapporterait aux documents envoyés par M^{me} Schneider à Legal Print & Copy Inc., 1 151 pages de format lettre et 2 pages de format légal ont été photocopiées.

[19] Madame Schneider a retiré les doubles des documents et les a déposés sur le plancher de la pièce 916. Elle a également mis à part huit boîtes contenant [TRADUCTION] « divers documents » (correspondance, notes manuscrites et jurisprudence) pour lesquels elle a réclamé des instructions complémentaires au sujet de leur classement.

[20] Le 12 août 2011, M^{me} Schneider a envoyé à l'équipe Mahjoub un courriel expliquant comment elle avait classé les documents et pour demander si un avocat pouvait [TRADUCTION] « se rendre à la pièce 916 pendant [qu'elle serait en] vacances, la semaine suivante, pour examiner les huit boîtes contenant divers documents et préciser comment les classer ».

[21] À son retour de vacances le 22 août 2011, M^{me} Schneider a constaté que huit des boîtes contenant des documents divers n'avaient pas été touchées pendant son absence. Elle a envoyé un autre courriel à l'équipe des ministres pour demander l'aide des avocats. Madame Sharon Stewart Guthrie, avocate inscrite au

Mahjoub team, responded and met Ms. Schneider in office 916 for approximately 10-15 minutes to provide further instructions on organizing the eight boxes containing miscellaneous documents that had been set aside. Ms. Stewart Guthrie opened three of the boxes. In the first box, she saw file folders with French handwritten labels, which she did not open. She then closed the box. In the second box, she saw the first pages of publicly available reports before closing the box. In the third box, she saw printed copies of jurisprudence referred to by both parties during the proceedings, a printed copy of an email between two members of the ministers' litigation team, and a single handwritten page in handwriting she did not recognize with the name "Tyndale" on the left of the page. As she believed that no one from the ministers' litigation team would refer to lead counsel Mr. David Tyndale as "Tyndale", she believed that some of the materials in those boxes did not belong to the Mahjoub team. Ms. Stewart Guthrie attests she did not read anything else on the page other than the name "Tyndale". She closed the third box.

[22] After leaving office 916, Ms. Stewart Guthrie spoke with Ms. Nimanthika Kaneira, counsel employed by DOJ and member of the Mahjoub team, as well as with Ms. Dean. Ms. Stewart Guthrie then advised Mr. Tyndale, Senior Counsel of record for DOJ on the Mahjoub team, of the situation. Mr. Tyndale directed Ms. Stewart Guthrie to label and set aside those eight boxes "To be reviewed by Public counsel", and draft an email to public counsel advising them of the situation and proposing that the parties meet to separate the materials.

[23] Ms. Schneider continued to work in office 916 and to organize the material contained in the boxes that had not been set aside for most of each day for the remainder of the week of August 22, 2011.

dossier et membre de l'équipe Mahjoub, a répondu et a rencontré M^{me} Schneider à la pièce 916 pendant une dizaine ou une quinzaine de minutes pour lui donner d'autres instructions sur le classement des huit boîtes contenant des documents divers qui avaient été mis de côté. Madame Stewart Guthrie a ouvert trois des boîtes. Dans la première, elle a vu cinq chemises portant des étiquettes écrites à la main en français. Elle ne les a pas ouvertes. Elle a ensuite fermé la boîte. Dans la deuxième, elle a vu les premières pages d'un rapport public, puis a refermé la boîte. Dans la troisième, elle a vu des extraits de jurisprudence cités par les deux parties au cours de l'instance, une copie imprimée d'un courriel échangé entre deux membres de l'équipe du contentieux des ministres et une page manuscrite qu'elle n'a pas reconnue et sur laquelle le nom « Tyndale » était inscrit à gauche. Comme elle croyait qu'aucun des membres de l'équipe du contentieux des ministres ne mentionnerait le nom de l'avocat principal, M. David Tyndale, en l'appelant « Tyndale », elle a estimé que certains des documents se trouvant dans ces boîtes n'appartenaient pas à l'équipe Mahjoub. Madame Stewart Guthrie affirme qu'elle n'a rien vu d'autre sur cette page à part le nom « Tyndale ». Elle a refermé la troisième boîte.

[22] Après avoir quitté la pièce 916, M^{me} Stewart Guthrie a parlé avec M^{me} Nimanthika Kaneira, avocate du ministère de la Justice et membre de l'équipe Mahjoub, ainsi qu'avec M^{me} Dean. M^{me} Stewart Guthrie a alors informé M. Tyndale de la situation, avocat principal inscrit au dossier du ministère de la Justice faisant partie de l'équipe Mahjoub. Monsieur Tyndale a donné pour instruction à M^{me} Stewart Guthrie d'étiqueter et de mettre de côté les huit boîtes en question en vue de leur examen ultérieur par les avocats publics et lui a demandé d'écrire un courriel aux avocats publics pour les informer de la situation et pour proposer que les parties se rencontrent pour séparer les documents.

[23] Madame Schneider a continué à travailler à la pièce 916 et à classer des documents se trouvant dans les boîtes qui n'avaient pas été mises de côté pendant la plus grande partie de chacune des autres journées du reste de la semaine du 22 août 2011.

[24] On August 23, 2011, Mr. Tyndale sent the following email to public counsel:

In our review of the material that was returned to our office from the courtroom and our breakout room after we last adjourned, it came to our attention yesterday that some boxes may contain some documents that belong to you. We immediately put those boxes aside and have not read or reviewed these documents. In order to ensure that your materials are returned to you, I suggest we meet at our offices to review (separately, but in the same room) the contents of these boxes. Please let me know if this suggestion is acceptable to you and if so, when one (or more) of you might be available to review the materials.

[25] On August 30, 2011, Ms. Teresa Martins, an administration officer with the DOJ in Toronto, accompanied two movers to office 916 with boxes belonging to Ms. Amy Lambiris, a DOJ employee who had been on maternity leave and was to use that office upon her return. To make room for the boxes, the movers moved some stacks of documents from the floor to the desk. Ms. Martins did not read any of the documents in office 916 and did not see the movers read any of the documents.

[26] On September 1, 2011, public counsel Ms. Johanne Doyon and Ms. Salma El-Khodari, an assistant in the law office of public counsel Mr. Yavar Hameed, attended office 916 at the DOJ in Toronto. Ms. Jocelyn Espejo-Clarke, counsel and member of the Mahjoub team, and Ms. Kaneira accompanied them to office 916.

[27] At the time, Ms. El-Khodari estimated that office 916 contained approximately:

- a. 24 boxes of documents that were marked as the ministers' boxes against one wall;
- b. a dozen additional boxes along the other wall;

[24] Le 23 août 2011, M. Tyndale a envoyé le courriel suivant aux avocats publics :

[TRADUCTION] À la suite de notre examen des documents qui ont été retournés à nos bureaux et qui provenaient de la salle d'audience et de notre salle de réunion après le dernier ajournement, nous avons constaté hier que certaines boîtes pouvaient contenir certains des documents qui vous appartenaient. Nous avons immédiatement mis ces boîtes de côté sans prendre connaissance du contenu des documents. Pour nous assurer que les documents qui vous appartiennent vous soient remis, je suggère que nous nous rencontrions dans nos bureaux pour examiner (séparément, mais dans la même pièce) le contenu des boîtes en question. Dites-moi si ma suggestion vous convient et, dans l'affirmative, à quel moment un ou plusieurs d'entre vous pourraient être disponibles pour examiner les documents.

[25] Le 30 août 2011, M^{me} Teresa Martins, agente d'administration du ministère de la Justice à Toronto, accompagnée de deux déménageurs, s'est rendue à la pièce 916 avec des boîtes appartenant à M^{me} Amy Lambiris, une employée du ministère de la Justice qui était en congé de maternité et qui devait occuper ce bureau à son retour au travail. Pour faire de la place pour les boîtes, les déménageurs ont déplacé certaines piles de documents du plancher et les ont déposées sur le bureau. Madame Martins n'a lu aucun des documents se trouvant dans la pièce 916 et elle n'a pas vu les déménageurs les lire.

[26] Le 1^{er} septembre 2011, les avocates publiques Johanne Doyon et Salma El-Khodari ainsi qu'un adjoint du cabinet des avocats publics, M. Yavar Hameed, se sont présentés à la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Madame Jocelyn Espejo-Clarke, avocate et membre de l'équipe Mahjoub, et M^{me} Kaneira les ont accompagnés jusqu'à la pièce 916.

[27] À ce moment-là, M^{me} El-Khodari a estimé que la pièce 916 contenait environ :

- a. 24 boîtes de documents placés le long d'un mur et portant la mention [TRADUCTION] « documents des ministres »;
- b. une douzaine d'autres boîtes placées le long d'un autre mur;

c. 5 boxes on a table in front of the window;

c. cinq boîtes se trouvant sur une table devant la fenêtre;

d. 8 boxes of material in a corner that were marked “to be reviewed by counsel”;

d. huit boîtes de documents dans un coin portant la mention [TRADUCTION] « à examiner par les avocats »;

e. piles of unboxed and loose documents on a table in the middle of the room.

e. des piles de documents épars sur la table au milieu de la pièce.

[28] It has now been established that once the loose documents were placed in boxes, office 916 contained 60 boxes of materials, in addition to the 15 boxes brought by the movers belonging to Ms. Lambiris who had been on maternity leave.

[28] Il est maintenant acquis aux débats qu’après que les documents épars eurent été déposés dans des boîtes, il y avait, dans la pièce 916, 60 boîtes de documents, en plus des 15 boîtes apportées par les déménageurs qui appartenaient à M^{me} Lambiris, qui avait été en congé de maternité.

[29] Ms. El-Khodari and Ms. Doyon noticed that some of the loose documents on the table in office 916 appeared to belong to public counsel. Ms. Espejo-Clarke also noticed that some of those documents appeared to belong to the ministers.

[29] Mesdames El-Khodari et Doyon ont remarqué que certains des documents épars sur la table de la pièce 916 semblaient appartenir aux avocats publics. Madame Espejo-Clarke a également remarqué que certains de ces documents semblaient appartenir aux ministres.

[30] Upon realizing that some of the documents on the table were co-mingled and that the co-mingling went beyond the 8 boxes that had been set aside, counsel agreed to seal the office. Ms. Espejo-Clarke provided an undertaking that no one would enter the office.

[30] Après s’être rendu compte que certains des documents se trouvant sur la table avaient été amalgamés et que l’on n’avait pas mélangé seulement le contenu des huit boîtes qui avaient été mises de côté, les avocats ont convenu de sceller le bureau. Madame Espejo-Clarke s’est engagée à ce que personne ne pénètre à l’intérieur du bureau.

[31] All keys for office 916, except for those of the DOJ security office and of the landlord, were collected and put in the safe of the Regional Director General of the Ontario Regional Office of the DOJ. The security office and the landlord were instructed that no one could enter the room until further notice. The ministers claim that no one has entered office 916 after September 1, 2011, until the boxes were eventually ordered returned to the courthouse by Prothonotary Aalto.

[31] Toutes les clés de la pièce 916, à l’exception de celle du bureau de la sécurité du ministère de la Justice et du propriétaire de l’immeuble, ont été récupérées et déposées dans un coffre-fort aux bureaux du directeur général régional du bureau régional de l’Ontario du ministère de la Justice. Le bureau de la sécurité et le propriétaire ont reçu pour instructions de ne laisser entrer personne dans la pièce jusqu’à nouvel ordre. Les ministres affirment que personne n’a pénétré à l’intérieur de la pièce 916 après le 1^{er} septembre 2011, jusqu’à ce que le protonotaire Aalto ordonne que les documents soient retournés au palais de justice.

[32] Ms. Rhonda Marquis, Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Immigration Law Division of the DOJ in Toronto, states in her affidavit:

[32] Madame Rhonda Marquis, directrice régionale adjointe et avocate principale à la Section du droit de l’immigration du ministère de la Justice à Toronto, déclare dans son affidavit :

Following the securing of office 916, I communicated with every member of the Mahjoub team including the two legal assistants who had originally boxed the materials for their return to our office and to the paralegal who had the most access to the materials. All members of the litigation team, both legal assistants and the paralegal have advised me that they did not review opposing counsel's materials.

[33] Ms. Marquis also attests:

I have been advised by CSIS counsel, and do verily believe, that they have not entered office 916 at any time since July 15, 2011. I have also been advised and verily believe that no CBSA personnel assigned to the Mahjoub mater [*sic*] have entered office 916 at any time since July 15, 2011.

[34] On September 2, 2011, Mr. Tyndale emailed public counsel to advise them that the amount of public counsel's material from the breakout rooms delivered to DOJ's office was more than originally thought.

[35] On September 8, 2011, Mr. Tyndale emailed public counsel explaining how the events leading to the co-mingling of the documents unfolded. On the same day, Mr. Tyndale sent a similar letter to the Court.

[36] All members of the Mahjoub team who entered office 916 prior to it being sealed have been removed or temporarily removed from the ministers' litigation team pending a final determination of this motion. Ethical walls were put in place to ensure that the members of the litigation team who were removed received no further information on the litigation, as well as to ensure that the removed members would not discuss what they saw, if anything, of Mr. Mahjoub's documents, except for purposes of providing affidavits or clarification to counsel representing the ministers on this motion. The record does not indicate the number of individuals belonging to the Mahjoub team nor does it identify its members. The record also does not indicate when members of the team were removed or when the ethical

[TRADUCTION] Après que la pièce 916 eut été sécurisée, j'ai communiqué avec chacun des membres de l'équipe Mahjoub, y compris les deux assistantes juridiques qui avaient à l'origine placé les documents dans les boîtes en vue de nous les remettre, ainsi qu'avec le technicien juridique qui avait eu accès aux documents en question. Tous les membres de l'équipe du contentieux, les deux assistantes juridiques et le technicien juridique m'ont informée qu'ils n'avaient pas pris connaissance des documents des avocats de la partie adverse.

[33] Madame Marquis atteste également ce qui suit dans son affidavit :

[TRADUCTION] J'ai été informée par les avocats du SCRS, et j'ai toutes les raisons de croire, que personne n'est entré à l'intérieur de la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011. J'ai également été informée, et j'ai toutes les raisons de croire, qu'aucun des membres du personnel de l'ASFC chargé du dossier Mahjoub n'est entré à l'intérieur de la pièce 916 à quelque moment que ce soit depuis le 15 juillet 2011.

[34] Le 2 septembre 2011, M. Tyndale a envoyé aux avocats publics un courriel pour les informer que la quantité de documents des avocats publics qui se trouvaient à l'origine dans les salles de travail et qui avaient été par la suite livrés aux bureaux du ministère de la Justice était plus élevée que ce que l'on avait d'abord cru.

[35] Le 8 septembre 2011, M. Tyndale a écrit un courriel aux avocats publics pour leur expliquer le déroulement des événements ayant conduit à l'amalgame des documents. Le même jour, M. Tyndale a envoyé la même lettre à la Cour.

[36] Tous les membres de l'équipe Mahjoub qui sont entrés dans la pièce 916 avant qu'elle ne soit scellée ont dû se retirer de façon temporaire ou définitive de l'équipe du contentieux des ministres en attendant le sort final de la présente requête. Des murs éthiques ont été érigés pour s'assurer que les membres de l'équipe du contentieux qui s'étaient retirés ne prennent connaissance d'aucun autre renseignement au sujet du litige et pour s'assurer qu'ils ne discutent pas de ce qu'ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents de M. Mahjoub, sauf dans le but de souscrire des affidavits ou de fournir des éclaircissements aux avocats représentant les ministres dans le cadre de la présente requête. Le dossier ne précise pas le nombre de personnes qui faisaient partie de l'équipe Mahjoub et il n'en identifie

walls were put in place. It appears from the record this would have occurred after September 1, 2011.

[37] Mr. Mahjoub served and filed his motion record for a permanent stay on September 20, 2011. The ministers' responding record was served and filed on September 23, 2011, accompanied with a motion to strike portions of certain affidavits. Mr. Mahjoub filed his reply on September 27, 2011. The parties were heard on the motions on October 3, 2011, in Toronto, and the Court reserved its judgment.

[38] On October 4, 2011, the Court ordered that to determine the proper remedy, if any, that may be appropriate in the circumstances, it was necessary to have the documents separated and returned to the respective parties for the purpose of affording them an opportunity to make submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. The order is annexed to these reasons as Schedule A.

[39] Mr. Mahjoub's appeal to the Federal Court of Appeal of the October 4, 2011 order of the Federal Court was dismissed on October 24, 2011 (*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*), 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36). His subsequent motion to the Federal Court of Appeal for a stay of the October 4, 2011 order pending application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed by Madam Justice Gauthier on November 21, 2011 (2011 FCA 322).

[40] Pursuant to the October 4, 2011 order, Prothonotary Aalto oversaw the development and execution of the separation process, which began with an initial case management conference on October 5, 2011. A full description of the process can be found in the Prothonotary's Report filed with the Court on February 10, 2012, which is annexed to these reasons as Schedule B (Aalto Report [Report to Justice Blanchard Regarding the Separation of Documents]). For convenience, I

pas les membres. Le dossier n'indique pas non plus quand les membres de l'équipe se sont retirés ou à quel moment les murs éthiques ont été érigés. Il ressort du dossier que ces mesures auraient été prises après le 1^{er} septembre 2011.

[37] Le 20 septembre 2011, M. Mahjoub a signifié et déposé son dossier de requête en vue d'obtenir une suspension permanente. Le dossier de réponse des ministres a été signifié et déposé le 23 septembre 2011, accompagné d'une requête en radiation d'extraits de certains affidavits. M. Mahjoub a déposé sa réponse le 27 septembre 2011. Les parties ont été entendues au sujet des requêtes le 3 octobre 2011 à Toronto et la Cour a sursis au prononcé de son jugement.

[38] Le 4 octobre 2011, la Cour a expliqué que, pour être en mesure de déterminer la réparation qu'il convenait, le cas échéant, d'accorder dans les circonstances, il était nécessaire de séparer les documents et de les remettre à chacune des parties pour leur donner la possibilité de faire valoir leur point de vue sur la nature et la portée du présumé préjudice. Cette ordonnance est annexée aux présents motifs à l'annexe A.

[39] M. Mahjoub a été débouté le 24 octobre 2011 (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*), 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36) de l'appel qu'il avait interjeté devant la Cour d'appel fédérale de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale le 4 octobre 2011. La requête dont il a par la suite saisi la Cour d'appel fédérale en vue d'obtenir un sursis à l'exécution de l'ordonnance du 4 octobre 2011 en attendant que la Cour suprême du Canada se prononce sur sa demande d'autorisation de pourvoi a été rejetée par la juge Gauthier le 21 novembre 2011 (2011 CAF 322).

[40] Conformément à l'ordonnance qui avait été rendue le 4 octobre 2011, le protonotaire Aalto s'est chargé du déroulement et de l'exécution du processus de séparation des documents, qui a débuté par une conférence de gestion de l'instance initiale le 5 octobre 2011. On trouve une description complète du processus dans le rapport que le protonotaire a déposé devant la Cour le 10 février 2012, annexé aux présents motifs à l'annexe B (le rapport Aalto [Rapport soumis au juge Blanchard

summarize the process and the main findings of Prothonotary Aalto's Report below.

Summary of Prothonotary Aalto's Report

[41] With input from the parties, Prothonotary Aalto developed a separation protocol that ensured the integrity of the process, and included preserving the chain of continuity of the documents. Delegates designated by the parties who signed undertakings not to divulge any solicitor-client information to which they might be exposed during the process undertook the actual separation of the documents.

[42] The documents were separated into five categories: neutral documents, Mahjoub documents, ministers' documents, contentious documents, solicitor-client intercept motion documents. Neutral documents are public documents such as motion records and affidavits that have no indicia of ownership, such as original initials or handwriting. Contentious documents are documents that have highlighting, tabs, stickies, underlining or markings but whose ownership could not be determined. As a result of the separation process, there were 32 boxes of neutral documents; 12 boxes of ministers' documents; 12 boxes of Mahjoub documents; and 3 boxes containing 66 contentious documents. While Mr. Mahjoub concedes that these contentious documents will not affect his fair trial rights, he contends, nonetheless, that a lesser prejudice results from an incomplete separation process.

[43] The documents were moved from the DOJ to the courthouse on November 10, 2011, and the separation process commenced shortly thereafter. Following a November 24, 2011 case management conference, the Court ordered that the arguments relating to the alleged prejudice be heard on January 9 and 10, 2012. At case management conferences on January 3, January 19, and

concernant la séparation des documents]). Par souci de commodité, je résume le processus suivi et les principales conclusions tirées par le protonotaire Aalto dans son rapport.

Résumé du rapport du protonotaire Aalto

[41] Après avoir consulté les parties, le protonotaire Aalto a élaboré un protocole visant à séparer les documents et à assurer l'intégrité du processus tout en protégeant la chaîne de continuité des documents. Ce sont des représentants désignés par les parties qui ont signé des engagements de non-divulgence des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat dont ils auraient pu prendre connaissance au cours du processus qui se sont concrètement chargés de la séparation des documents.

[42] Les documents ont été répartis en cinq catégories : documents neutres, documents de M. Mahjoub, documents des ministres, documents litigieux, documents concernant la requête relative aux communications avocat-client interceptées. Les documents neutres sont des documents publics tels que des dossiers de requête et des affidavits dont il est impossible de déterminer le propriétaire au moyen d'initiales ou de notes manuscrites originales. Les documents litigieux sont des documents qui ont des parties en surbrillance, des onglets, des papillons adhésifs ou des marques, mais dont on ne peut déterminer le propriétaire. À la suite du processus de séparation, on s'est retrouvé avec 32 boîtes de documents neutres, 12 boîtes de documents des ministres, 12 boîtes de documents de M. Mahjoub et 3 boîtes contenant 66 documents litigieux. M. Mahjoub admet que les documents litigieux en question ne porteront pas atteinte à son droit à un procès équitable, mais il fait néanmoins valoir qu'un processus de séparation incomplet lui cause un préjudice moins grave.

[43] Les documents ont été transportés des bureaux du ministère de la Justice au palais de justice le 10 novembre 2011 et le processus de séparation a commencé peu de temps après. À la suite de la conférence de gestion de l'instance du 24 novembre 2011, la Cour a ordonné que les arguments relatifs au présumé préjudice soient entendus les 9 et 10 janvier 2012. Lors des conférences de

February 13, 2012, the parties informed the Court that the process was taking longer than anticipated and scheduled hearings dates were progressively pushed back. On January 18, 2012, Mr. Mahjoub started the review of his documents with the view of preparing descriptions as contemplated by the October 4, 2011 order:

The parties may make further argument on the nature and extent of any alleged prejudice before the designated judge. To that end, Mr. Mahjoub may prepare a description of any of the returned documents relied upon to demonstrate that prejudice, which description shall not disclose any substantive information that would be subject to solicitor-client or litigation privilege.

[44] At the February 20, 2012 case management conference, public counsel informed the Court that they estimated needing an additional four to five weeks to review the documents, and prepare descriptions and arguments.

[45] Consequently, the Court adjourned the hearing until April 10-12, 2012, affording the parties an additional six weeks to prepare. These dates were ultimately changed to April 23 and 24, 2012, given a scheduling conflict on the part of ministers' counsel.

[46] In preparation for the hearing, Mr. Mahjoub prepared charts containing the descriptions for Prothonotary Aalto's approval of the documents he would rely upon to show prejudice. The descriptions were then redacted to ensure that the designated judge would not have access to any privileged information.

[47] In addition to the descriptions, Mr. Mahjoub developed the following categories to describe the nature of the alleged prejudice in the chart:

1. Strategy relating to (a) theory of the case (b) implementation of the theory (such as challenging evidence, presentation of new evidence or argument);

2. Tactics;

gestion de l'instance du 3 janvier, du 19 janvier et du 13 février 2012, les parties ont informé la Cour que le processus prenait plus de temps que prévu et les dates d'audience qui avaient été fixées ont été progressivement reportées à plus tard. Le 18 janvier 2012, M. Mahjoub a commencé l'examen de ses documents en vue de dresser une liste descriptive des documents conformément à l'ordonnance du 4 octobre 2011 :

Les parties peuvent formuler d'autres observations au sujet de la nature et de l'ampleur de tout présumé préjudice devant le juge désigné. À cette fin, M. Mahjoub peut fournir une description des documents qui lui ont été remis et sur lesquels il se fonde pour faire la preuve de ce préjudice en s'assurant de ne révéler aucun renseignement de fond qui serait protégé par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès.

[44] Lors de la conférence de gestion de l'instance du 20 février 2012, les avocats publics ont informé la Cour qu'ils estimaient avoir besoin de quatre à cinq semaines de plus pour examiner les documents et pour fournir les descriptions demandées et préparer leurs arguments.

[45] Par conséquent, la Cour a ajourné l'audience aux 10 et 12 avril 2012, accordant ainsi aux parties six semaines de plus pour se préparer. Ces dates ont ultimement été reportées au 23 et au 24 avril 2012 en raison d'un conflit d'horaire des avocats des ministres.

[46] En vue de se préparer pour l'audience, M. Mahjoub a dressé des tableaux contenant les descriptions demandées pour que le protonotaire Aalto approuve les documents qu'il comptait invoquer pour démontrer le préjudice. Les descriptions en question ont par la suite été expurgées pour faire en sorte que le juge désigné ne puisse prendre connaissance des renseignements protégés.

[47] Outre les descriptions, M. Mahjoub a établi les catégories suivantes pour décrire la nature du présumé préjudice dans son tableau :

[TRADUCTION] 1. Stratégie relative à : a) thèse; b) mise en application de la thèse (au moyen notamment d'une contestation de la preuve ou de la présentation de nouveaux arguments ou de nouveaux éléments de preuve);

2. Tactiques;

3. Questions (a) whether applicable to witness; (b) content of questions to be asked; (c) content of questions challenging evidence;

4. Assessment of the Evidence (a) value (b) knowledge (c) credibility;

5. Confidential information, which may not otherwise fit into 1 to 4 and 6;

6. Overview in terms of approach, knowledge and/or thought process of public counsel revealed, a) revealing approach and knowledge of public counsel by virtue of certain elements b) reveals though[t] process in general terms.

[48] Mr. Mahjoub also developed the following scale to codify the extent of the alleged prejudice for documents described in the chart:

Code 1 – low privileged documents, difficult to articulate prejudice;

Code 2 – moderate privileged documents, generally public documents with highlighting, side bar, underlining or writing where the impact is functionally no different than a side bar or highlight;

Code 3 – high: privileged documents, created by Mr. Mahjoub or not disclosed in public, that could give or give an advantage to other side for cross-examination or submissions;

Code 4 – extreme: privileged documents created by Mr. Mahjoub or not disclosed in public, highly advantageous to other side;

Code 5 – highest prejudice: solicitor-client or litigation privileged communications that undermines Mr. Mahjoub's case or that could affect the outcome of the case. [Examples cited by Mr. Mahjoub are omitted.]

[49] As a result of the above exercise, Prothonotary Aalto was presented with charts containing descriptions of the documents or parts of documents, which were individually categorized in one or more of the above-noted categories and assigned a code of prejudice, 1 of 5, as described above. Prothonotary Aalto was then presented with a version of the charts where the privileged information contained in the descriptions had been

3. Questions : a) applicabilité aux témoins; b) teneur des questions à poser; c) contenu des questions contestant des éléments de preuve;

4. Appréciation de la preuve : a) valeur; b) connaissance; c) crédibilité;

5. Renseignements confidentiels qui n'entrent par ailleurs pas dans les catégories 1 à 4 ou dans la catégorie 6;

6. Vue d'ensemble en ce qui concerne l'approche, les connaissances et/ou le raisonnement suivi par les avocats publics : a) révéler le raisonnement et les connaissances des avocats publics en vertu de certains éléments; b) révéler le raisonnement suivi de façon générale.

[48] M. Mahjoub a également proposé l'échelle suivante pour mesurer l'ampleur du présumé préjudice dans le cas des documents décrits dans son tableau :

[TRADUCTION] Code 1 – documents peu confidentiels : préjudice difficile à évaluer;

Code 2 – documents moyennement confidentiels : en règle générale, documents publics avec parties en surbrillance, menu latéral, soulignements ou mentions dont les incidences ne sont pas différentes, sur le plan fonctionnel, de celles d'un menu latéral ou d'une mise en surbrillance;

Code 3 – documents très confidentiels créés par M. Mahjoub ou qui n'ont pas été révélés au public et qui pourraient conférer un avantage à la partie adverse lors du contre-interrogatoire ou de l'argumentation;

Code 4 – documents extrêmement secrets créés par M. Mahjoub ou qui n'ont pas été révélés au public et qui pourraient conférer un avantage important à la partie adverse;

Code 5 – préjudice le plus élevé : renseignements importants protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès qui nuisent à la cause de M. Mahjoub ou qui pourraient avoir une incidence sur l'issue du procès. [Les exemples cités par M. Mahjoub sont omis.]

[49] Par suite de cet exercice, le protonotaire Aalto s'est vu soumettre des tableaux contenant des descriptions des documents ou de parties des documents qui avaient été individuellement classés dans une ou plusieurs des catégories susmentionnées et auxquels les codes de préjudice 1 à 5 décrits ci-dessus avaient été attribués. On a ensuite présenté au protonotaire Aalto une version des tableaux dans lesquels les renseignements

redacted. These redacted charts were filed with the Court. See Schedule C as an example.

[50] Prothonotary Aalto approved the descriptions found in the charts and found that the codes and the descriptions were “reasonable”. He wrote at page 8 of the addendum to his Report that:

[t]he coding is a subjective exercise by public counsel based on their approaches and strategy in conducting the case. Public counsel articulated to the Court why a particular code was selected for a particular document and such was based on counsel’s assessment of how the document would be used in the proceedings. The Court’s acceptance of a particular code is not final and binding on the designated judge. They are also not a finding of actual or any prejudice. Such findings are for the designated judge... It may be that the designated judge will require access to these [unredacted] charts in order to finally determine the nature and extent of any prejudice.

[51] Prothonotary Aalto also wrote at page 29 of his Report that “[t]he types of documents that were found to belong to Mr. Mahjoub included ... solicitor work product; solicitor-client privileged material; and litigation privileged material.”

[52] Mr. Mahjoub alleges that all of his documents were covered by solicitor-client and/or litigation privilege. He contends that approximately one third of the documents from the Mahjoub boxes have been included in the charts. He contends that all of the documents listed in the charts are prejudicial, regardless of their coding. He lists over 50 discrete pieces of information categorized as code 5, which is the most prejudicial category.

[53] The Court heard the parties’ submissions on April 23 and 24, 2012, on the nature and extent of the alleged prejudice and appropriate remedy, if any, in the circumstances.

privilegiés contenus dans les listes en question avaient été expurgés. Ces tableaux expurgés ont été déposés à la Cour (voir l’annexe C à titre d’exemple).

[50] Le protonotaire Aalto a approuvé les descriptions données dans ces tableaux et a conclu que les codes et les descriptions étaient « raisonnables ». Voici ce qu’il écrit à la page 8 de l’annexe de son rapport :

[TRADUCTION] Le codage est un exercice subjectif auquel les avocats publics se sont livrés en se fondant sur leur stratégie et leur approche en ce qui concerne le déroulement de la présente instance. Les avocats publics ont expliqué à la Cour la raison pour laquelle un code déterminé avait été attribué à un document en particulier en précisant que ce code dépendait de la façon dont les avocats estimaient qu’ils utiliseraient le document au cours de l’instance. L’acceptation par la Cour d’un code déterminé n’a aucun effet contraignant sur le juge désigné. Ces codes n’emportent pas non plus de conclusions quant à un préjudice réel ou appréhendé. Il appartiendra au juge désigné de tirer ses propres conclusions [...] Il se peut que le juge désigné exige de prendre connaissance des extraits expurgés pour se prononcer de façon définitive sur la portée et la nature du préjudice.

[51] Le protonotaire écrit également à la page 29 de son rapport que « [p]armi les types de documents qui ont été attribués à M. Mahjoub, mentionnons [...] les produits du travail des avocats; des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat; des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès ».

[52] M. Mahjoub allègue que tous ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l’avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Il affirme qu’environ le tiers des documents des boîtes Mahjoub sont mentionnés dans les tableaux. Il soutient que tous les documents énumérés dans les tableaux lui sont préjudiciables, indépendamment du code qui leur a été attribué. Il énumère plus d’une cinquantaine de renseignements distincts classés sous le code 5, c’est-à-dire la catégorie de documents lui causant le plus grave préjudice.

[53] La Cour a entendu des observations des parties les 23 et 24 avril 2012 au sujet de la nature et de la portée du présumé préjudice et de la réparation qu’il convenait, le cas échéant, d’accorder dans les circonstances.

Preliminary Issue: Admissibility of affidavit of Martha Lori Hendriks

[54] By order dated January 31, 2012, the Court allowed Mr. Mahjoub to file any additional affidavit evidence prior to the hearing of the final submissions on the nature and extent of the alleged prejudice. It also allowed the ministers to file responding affidavits. The ministers filed three affidavits including the affidavit of Martha Lori Hendriks. Mr. Mahjoub objects to the admissibility of paragraph 8 of the Hendriks affidavit on the basis that it does not flow from the opening and review of the boxes. The contested paragraph reads as follows:

In addition, on my instructions, on September 7, 2011, Ms. Marquis sent an email to all ILD [Immigration Law Division] staff (counsel and support staff), inquiring whether anyone had entered office 916 since July 21, 2011, July 21, 2011, is the date on which the documents were transported from the Court and placed in office 916 which was vacant at the time. I have been advised by Ms. Marquis, and verily believe, that there were no additional persons who responded as having entered office 916.

[55] Mr. Mahjoub argues that it is implicit in the Court's January 31, 2012 order that any additional evidence filed by Mr. Mahjoub must relate to the nature and extent of the alleged prejudice, as provided by the October 4, 2011 order. Consequently, Mr. Mahjoub argues that the ministers' corresponding responding affidavits must in turn respond to Mr. Mahjoub's additional affidavits. It is argued that paragraph 8 of the Hendriks' affidavit does not.

[56] Mr. Mahjoub further contends that allowing the affidavit into evidence would allow the ministers to split their case. He submits that it would be the equivalent of allowing the ministers to reopen its case after having pointed out the gaps in their position and would be contrary to section 7 of the Charter pursuant to *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555.

[57] The ministers acknowledge that paragraph 8 of the Hendriks' affidavit goes some way towards

Question préliminaire : Admissibilité de l'affidavit de Martha Lori Hendriks

[54] Par ordonnance datée du 31 janvier 2012, la Cour a permis à M. Mahjoub de déposer des affidavits supplémentaires avant d'entendre les arguments finaux au sujet de la nature et de la portée du présumé préjudice. Elle a également permis aux ministres de déposer des affidavits en réponse. Les ministres ont déposé trois affidavits, y compris celui de Martha Lori Hendriks. Monsieur Mahjoub s'oppose à l'admissibilité du paragraphe 8 de l'affidavit souscrit par M^{me} Hendriks au motif qu'il ne se rapporte pas à l'ouverture et à l'examen des boîtes. Voici le texte du paragraphe contesté :

[TRADUCTION] De plus, suivant mes instructions, le 7 septembre 2011, M^{me} Marquis a envoyé un courriel à tous les membres du personnel de la Section du droit de l'immigration (avocats et personnel de soutien) pour savoir si quelqu'un était entré dans la pièce 916 depuis le 21 juillet 2011, date à laquelle les documents avaient été transférés de la Cour à la pièce 916, qui était alors inoccupée. M^{me} Marquis m'a informée, et j'ai toutes les raisons de croire, que personne d'autre n'est entré dans la pièce 916.

[55] Monsieur Mahjoub fait valoir qu'il découle implicitement de l'ordonnance du 31 janvier 2012 de la Cour que tout élément de preuve complémentaire qu'il déposera doit se rapporter à la nature et à la portée du présumé préjudice, ainsi qu'il est précisé dans l'ordonnance du 4 octobre 2011. En conséquence, M. Mahjoub fait valoir que les affidavits correspondants du ministre doivent eux aussi répondre aux affidavits complémentaires de M. Mahjoub. Or, suivant M. Mahjoub, le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks ne satisfait pas à cette exigence.

[56] Monsieur Mahjoub affirme également que, si l'on admettait en preuve l'affidavit en question, on permettrait ainsi aux ministres de scinder leur cause. Suivant M. Mahjoub, cela reviendrait à permettre aux ministres de rouvrir leur preuve après qu'on leur ait signalé les lacunes de leur thèse, ce qui irait à l'encontre de l'article 7 de la Charte, selon l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555.

[57] Les ministres reconnaissent que le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks contribue jusqu'à un

addressing an evidentiary gap relating to who had access to Mr. Mahjoub's documents at the DOJ in Toronto. The ministers acknowledged the presence of the gap at the October 3, 2011 hearing. However, they argue that that gap was not gleaned from Mr. Mahjoub's argument, but was rather observed and admitted to by the ministers. Consequently, they contend they are not attempting to reopen the litigation as alleged by Mr. Mahjoub. The ministers also acknowledge that the information contained in paragraph 8 of the Hendriks affidavit could have been adduced before the October 3, 2011 hearing. Nevertheless, the ministers argue that the affidavit, including paragraph 8, merely attempts to provide a complete record for the benefit of the Court. They contend that the contested paragraph speaks to the presence and efficacy of their ethical walls, and should be received by the Court.

[58] The October 4, 2011 and January 31, 2011 orders only allowed the filing of additional affidavit evidence in relation to the separation process and the alleged prejudice, if any. The information in paragraph 8 of the Hendriks affidavit does not result from the process of separating the documents. Rather it seeks to address a gap in the ministers' evidence that could and should have been dealt with earlier. In my view, it would be inappropriate to allow paragraph 8 into evidence. In the result, paragraph 8 of the Hendriks affidavit will be disregarded.

ISSUE

[59] Has there been a breach of Mr. Mahjoub's Charter rights that warrants a permanent stay of proceedings?

APPLICABLE LAW

[60] Mr. Mahjoub claims a breach of his section 7 and section 8 rights and seeks a remedy under subsection 24(1) of the Charter. These sections and subsection are reproduced below:

certain point à répondre aux lacunes de la preuve signalées au sujet des personnes qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub au ministère de la Justice à Toronto. Les ministres ont reconnu cette lacune lors de l'audience du 3 octobre 2011. Ils soutiennent toutefois que cette lacune ne leur a pas été signalée par les arguments présentés par M. Mahjoub, mais qu'ils l'ont eux-mêmes observée et admise. En conséquence, ils affirment qu'ils ne cherchent pas à rouvrir le débat contrairement à ce que prétend M. Mahjoub. Les ministres reconnaissent également que les renseignements contenus au paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks auraient pu être présentés avant l'audience du 3 octobre 2011. Quoi qu'il en soit, les ministres soutiennent que l'affidavit, y compris son paragraphe 8, tente simplement de dresser un portrait complet pour la Cour. Ils soutiennent que le paragraphe contesté témoigne de l'existence et de l'efficacité des murs éthiques qu'ils ont érigés et ajoutent que la Cour devrait l'admettre en preuve.

[58] Les ordonnances du 4 octobre 2011 et du 31 janvier 2011 permettaient uniquement la présentation d'affidavits complémentaires se rapportant au processus de séparation et au préjudice que M. Mahjoub était susceptible de subir. Les renseignements contenus au paragraphe 8 de l'affidavit souscrit par M^{me} Hendriks ne font pas suite au processus de séparation des documents. Ils portent plutôt sur des lacunes constatées dans la preuve des ministres, lacunes dont on aurait dû s'occuper plus tôt. À mon avis, on aurait tort d'admettre en preuve le paragraphe 8. Par conséquent, le paragraphe 8 de l'affidavit de M^{me} Hendriks ne sera pas considéré.

QUESTION EN LITIGE

[59] Les droits reconnus à M. Mahjoub par la Charte ont-ils fait l'objet d'une violation qui justifie une suspension permanente des procédures?

RÈGLES DE DROIT APPLICABLES

[60] M. Mahjoub affirme que les droits que lui reconnaissent l'article 7 et l'article 8 de la Charte ont été violés et il sollicite une réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte. Ces dispositions sont ainsi libellées :

*Legal Rights*Life, liberty
and security
of person

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Search or
seizure

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

...

*Enforcement*Enforce-
ment of
guaranteed
rights and
freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Section 8

[61] For a search and seizure to fall under the protection of the Charter, there must be a reasonable expectation of privacy in the place searched, the thing seized, or both (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8). If such an expectation exists, the search or seizure will be considered reasonable if it is authorized by law, if the law that authorizes the search or seizure is itself reasonable, and if the manner in which the search or seizure is conducted is reasonable (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265).

Section 7

[62] There is no dispute that Mr. Mahjoub's section 7 rights are engaged. Mr. Mahjoub claims a breach of his section 7 rights under two separate categories: (i) a violation of his solicitor-client privilege and (ii) an abuse of process.

(i) *Violation of solicitor-client privilege*

Garanties juridiques

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[...]

Recours

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'article 8

[61] Pour qu'une perquisition et une saisie bénéficient de la protection de la Charte, il doit exister une attente raisonnable en matière de vie privée en ce qui concerne le lieu qui est perquisitionné, la chose qui est saisie ou les deux (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8). Si cette attente existe, la saisie ou la perquisition sera considérée comme raisonnable si elle était autorisée par la loi, si la loi qui autorise la perquisition ou la saisie est elle-même raisonnable et si la manière dont la saisie ou la perquisition ont été effectuées est elle-même raisonnable (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265).

L'article 7

[62] Il est acquis aux débats que les droits que l'article 7 de la Charte confère à M. Mahjoub entrent en jeu en l'espèce. M. Mahjoub affirme que les droits que lui reconnaît l'article 7 ont été violés sous deux aspects : i) il y a eu violation du secret professionnel de l'avocat; ii) un abus de procédure a été commis.

i) *Violation du secret professionnel de l'avocat*

Vie, liberté et
sécuritéFouilles,
perquisitions
ou saisiesRecours en
cas d'atteinte
aux droits et
libertés

[63] The Supreme Court, in *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at page 837, outlines the required criteria to establish solicitor-client privilege:

... (i) a communication between solicitor and client; (ii) which entails the seeking or giving of legal advice; and (iii) which is intended to be confidential by the parties.

[64] Solicitor-client privilege has attained the status of a general principle of substantive law in Canada (*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 (*Lavallee*), at paragraph 49; see also *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraph 12):

Solicitor-client privilege is a rule of evidence, an important civil and legal right and a principle of fundamental justice in Canadian law. While the public has an interest in effective criminal investigation, it has no less an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. Confidential communications to a lawyer represent an important exercise of the right to privacy, and they are central to the administration of justice in an adversarial system. Unjustified, or even accidental infringements of the privilege erode the public's confidence in the fairness of the criminal justice system. This is why all efforts must be made to protect such confidences. [My emphasis.]

[65] The Supreme Court has recognized that solicitor-client privilege is “fundamental to the justice system” (*R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraph 2), and that the courts are compelled to “adopt stringent norms to ensure its protection” (*Lavallee*, above, at paragraph 36). A violation of the privilege also infringes a named person’s section 7 rights in the context of a security certificate proceeding (*Jaballah (Re)*, 2010 FC 1084, [2012] 2 F.C.R. 179 (*Jaballah*), at paragraph 48).

[66] Solicitor-client privilege should be distinguished from litigation privilege, which serves to ensure that the adversarial process is respected. Litigation privilege attaches to documents created for the dominant purpose

[63] Dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la page 837, la Cour suprême du Canada énonce le critère permettant d’établir l’existence du privilège du secret professionnel de l’avocat. Il doit s’agir :

[...] (i) d’une communication entre un avocat et son client; (ii) qui comporte une consultation ou un avis juridique; et (iii) que les parties considèrent de nature confidentielle.

[64] Le secret professionnel de l’avocat a maintenant été érigé au rang de principe général de droit substantiel au Canada (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 (arrêt *Lavallee*), au paragraphe 49; voir également *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 12) :

Le secret professionnel de l’avocat constitue une règle de preuve, un droit civil important ainsi qu’un principe de justice fondamentale en droit canadien. Même si le public a intérêt à ce que les enquêtes criminelles soient menées efficacement, il a tout autant intérêt à préserver l’intégrité de la relation avocat-client. Les communications confidentielles avec un avocat constituent un exercice important du droit à la vie privée et elles sont essentielles pour l’administration de la justice dans un système contradictoire. Les atteintes au privilège injustifiées, voire involontaires, minent la confiance qu’a le public dans l’équité du système de justice criminelle. C’est pourquoi il ne faut ménager aucun effort pour protéger la confidentialité de ces communications. [Non souligné dans l’original.]

[65] La Cour suprême a reconnu que le secret professionnel de l’avocat est un privilège qui est « fondamental pour le système de justice canadien » (*R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, au paragraphe 2), et que les tribunaux sont tenus « d’adopter des normes rigoureuses pour assurer sa protection » (arrêt *Lavallee*, précité, au paragraphe 36). La violation de ce privilège porte également atteinte aux droits conférés par l’article 7 à l’intéressé dans le contexte d’une instance portant sur un certificat de sécurité (*Jaballah (Re)*, 2010 CF 1084, [2012] 2 R.C.F. 179 (décision *Jaballah*), au paragraphe 48).

[66] Il convient d’établir une distinction entre le privilège du secret professionnel de l’avocat et le privilège des communications échangées dans le cadre du procès, lequel a pour objet d’assurer le respect du principe du

of litigation (*Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319).

(ii) *Abuse of process*

[67] The abuse of process doctrine has largely been subsumed into section 7 and amounts to “conducting a prosecution in a manner that contravenes the community’s basic sense of decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system [which] is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused” (*R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 (*O’Connor*), at paragraph 63).

[68] In this instance, the allegation of an abuse of process is separate from the alleged breach of section 7 resulting from the violation of solicitor-client privilege in that it focuses on the right to a fair trial affected by the Crown’s conduct, rather than the allegation that privilege has been violated. The propriety of the conduct and intention “are not necessarily relevant to whether or not the accused’s right to a fair trial is infringed” (*O’Connor*, above, at paragraph 74). There is also a small residual category of conduct within the abuse of process analysis caught by section 7 of the Charter in which the individual’s rights to a fair trial are not implicated. This residual category “addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process” (*O’Connor*, above, at paragraph 73; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297 (*Regan*), at paragraph 55; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391 (*Tobiass*), at paragraph 89).

débat contradictoire. Le privilège des communications échangées dans le cadre du procès s’applique aux documents créés principalement en vue du procès (*Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] R.C.S. 319).

ii) *Abus de procédure*

[67] La doctrine de l’abus de procédure a en grande partie été intégrée dans l’analyse relative à l’article 7. Il y a abus de procédure lorsqu’on mène une poursuite « de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l’intégrité du système, [ce qui] constitue également une atteinte d’envergure constitutionnelle aux droits d’une personne accusée » (*R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 (arrêt *O’Connor*), au paragraphe 63).

[68] Dans le cas qui nous occupe, l’allégation d’avis de procédure est distincte de la présumée violation de l’article 7 résultant de la violation du secret professionnel de l’avocat en ce sens qu’elle vise le droit à un procès équitable que la conduite de la Couronne aurait compromis plutôt que l’allégation suivant laquelle le privilège a été violé. La conduite et l’intention « ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu’il s’agit de savoir s’il y a eu violation ou non du droit de l’accusé à un procès équitable » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 74). Il existe également une petite catégorie résiduelle de comportements qui font partie de l’analyse de l’abus de procédure visé par l’article 7 de la Charte qui ne se rapporte pas aux droits de l’intéressé à un procès équitable. Cette catégorie résiduelle « envisage [...] l’ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d’une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l’intégrité du processus judiciaire » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 73; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297 (arrêt *Regan*), au paragraphe 55; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391 (arrêt *Tobiass*), au paragraphe 89).

Do the alleged Charter breaches require the existence of privilege?

[69] Aside from the residual category of an abuse of process, Mr. Mahjoub's alleged Charter breaches require that privilege in the documents exists. To establish a reasonable expectation of privacy to show that his section 8 rights have been violated, he must demonstrate that his documents were protected by solicitor-client privilege and/or litigation privilege. Similarly, solicitor-client privilege and/or litigation privilege must also be established in order to maintain a section 7 violation.

[70] Once the existence of privilege is established, there is a legal presumption that the privileged information will be used to the prejudice of the opposing party. I will now turn to the law on this issue.

Rebutting the risk of prejudice

[71] In *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235 (*MacDonald Estate*), Justice Sopinka, writing for the majority of the Supreme Court, established the test to apply to disqualify counsel in cases where counsel allegedly has confidential information belonging to the other party:

- (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand?
- (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client?

[72] This two-step test was reaffirmed by a unanimous Supreme Court decision in *Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189 (*Celanese*). The Court applied the test in the context of an *Anton Piller* order during which the

Est-il nécessaire d'établir l'existence d'un privilège pour démontrer les présumées violations de la Charte?

[69] Si l'on fait abstraction de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure, M. Mahjoub doit démontrer l'existence d'un privilège sur les documents pour pouvoir affirmer que ses droits protégés par la Charte ont été violés. Pour établir l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en vue de prouver que ses droits protégés par l'article 8 ont été violés, M. Mahjoub doit démontrer que ses documents étaient protégés par le secret professionnel de l'avocat et/ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès. Il doit également faire la preuve de l'existence du secret professionnel de l'avocat et/ou du privilège des communications échangées dans le cadre du procès pour établir que ses droits protégés par l'article 8 ont été violés.

[70] Dès lors que l'existence du privilège a été établie, il existe une présomption légale suivant laquelle les renseignements protégés seront utilisés au détriment de la partie adverse. Je vais maintenant passer à l'examen des règles de droit portant sur cette question.

Réfutation du risque de préjudice

[71] Dans l'arrêt *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235 (arrêt *Succession MacDonald*), le juge Sopinka, qui écrivait au nom de la majorité des juges de la Cour suprême, a énoncé le critère à appliquer pour déclarer un avocat inhabile dans les cas où il posséderait des renseignements confidentiels appartenant à la partie adverse :

- 1) L'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige?
- 2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

[72] Ce critère à deux volets a récemment été réaffirmé par une formation collégiale unanime de la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189 (arrêt *Celanese*). La Cour a appliqué le critère dans le

searching party had come into the possession and reviewed privileged emails. Justice Binnie, on behalf of the unanimous Court, held that once possession of privileged information was established, the receiving party bore the onus of showing there is no real risk such confidences will be used to the prejudice of the moving party. The Court also held that for the presumption to apply, the initial onus was on the moving party to establish that the receiving party was in possession of privileged information.

[73] The presumption of prejudice can be rebutted, “on the basis of clear and convincing evidence” by showing that “the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur” to prejudice the moving party (*MacDonald Estate*, above, at pages 1260 and 1262; see also *Celanese*, above, at paragraph 42).

[74] Even though *MacDonald Estate* and *Celanese*, above, specifically address motions to remove solicitors of record, Justice Binnie in *Celanese*, held that (at paragraph 46):

The relevant elements of the *MacDonald Estate* analysis do not depend on a pre-existing solicitor-client relationship. The gravamen of the problem here is the possession by opposing solicitors of relevant and confidential information attributable to a solicitor-client relationship to which they have no claim of right whatsoever.

[75] This Court in *Jaballah*, above, held that the principles in *Celanese* were not restricted to the context of removing counsel for having in their possession privileged information belonging to the opposing party (paragraphs 58–68). Here, both parties accept that the principles in *Celanese* are applicable in the circumstances. Accordingly, if a breach of solicitor-client or litigation privilege is established and the risk of prejudice is not rebutted, it is open for the Court to grant an appropriate remedy, which may include a permanent

contexte d’une ordonnance *Anton Piller* au cours de l’exécution de laquelle la partie qui avait sollicité la perquisition s’était retrouvée en possession de courriels confidentiels, qu’elle avait lus. Le juge Binnie, qui s’exprimait au nom d’une Cour unanime, a indiqué que, dès lors que la possession des renseignements confidentiels a été établie, il incombe à la personne qui les a obtenus de démontrer qu’il n’existe pas de risque réel que ces renseignements confidentiels soient utilisés au détriment de la partie adverse. La Cour a également jugé que, pour que la présomption s’applique, il incombait à la partie requérante de démontrer que la partie adverse avait obtenu des renseignements confidentiels.

[73] La présomption n’est réfutée que s’il existe des « preuves claires et convaincantes » démontrant que « le public, c’est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu’il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » au détriment de la partie requérante (arrêt *Succession MacDonald*, précité, aux pages 1260 et 1262; voir également l’arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42).

[74] Bien que les affaires *Succession MacDonald* et *Celanese*, précitées, portent expressément sur des requêtes visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper, le juge Binnie a déclaré ce qui suit, dans l’arrêt *Celanese* (au paragraphe 46) :

Les éléments pertinents de l’analyse effectuée dans l’arrêt *Succession MacDonald* ne sont pas tributaires de l’existence préalable de rapports d’avocat à client. En l’espèce, le fond du problème est que les avocats de la partie adverse sont en possession de renseignements confidentiels pertinents qui ont été obtenus grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client et à l’égard desquels ils ne peuvent invoquer aucun droit.

[75] Dans la décision *Jaballah*, précitée, notre Cour a déclaré que les principes énoncés dans l’arrêt *Celanese* ne s’appliquaient pas uniquement dans le contexte d’une requête visant à faire déclarer un avocat inhabile à occuper au motif qu’il a en sa possession des renseignements confidentiels appartenant à la partie adverse (aux paragraphes 58 à 68). Dans le cas qui nous occupe, les deux parties acceptent que les principes posés dans l’arrêt *Celanese* s’appliquent aux faits de l’espèce. Par conséquent, si une violation du secret professionnel de

stay of proceedings (*R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 O.R. (3d) 272).

Determining the appropriate remedy

[76] A permanent stay of proceedings is a drastic remedy to be awarded only in the “clearest of cases” (*O’Connor*, above, at paragraph 68). As explained by Justice LeBel writing for the majority in *Regan*, above, at paragraphs 54-56, it will only be appropriate when two criteria are met:

(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and

(2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

[77] Where uncertainty remains about whether the abuse of process is sufficient to warrant a stay of proceedings, a third criterion is considered: the interests that would be served by the granting of a stay of proceedings are balanced against the interest that society has in having a final decision on the merits (*Tobiass*, above, at paragraph 92; *Regan*, above, at paragraph 225).

[78] The courts have also engaged in the balancing exercise in cases falling within the residual category where the fairness of the trial is not in question, but rather where the act of going forward would put the administration of justice into disrepute. For example, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 O.R. (3d) 721, at paragraphs 58-61, wrote:

Where the residual category is engaged, a court will generally find it necessary to perform the balancing exercise referred to in the third criterion. When a stay is sought for a case on the basis of the residual category, there will not be a concern about continuing prejudice to the applicant by proceeding with the

l’avocat ou du privilège des communications échangées dans le cadre du procès est établie et que le risque de préjudice n’est pas réfuté, il est loisible à la Cour d’accorder la réparation appropriée, et notamment la suspension permanente des procédures (*R. v. Bruce Power Inc.*, 2009 ONCA 573, 98 R.J.O. (3^e) 272).

Recherche de la réparation appropriée

[76] Un arrêt définitif des procédures est une réparation draconienne qui ne doit être accordée « que dans les cas les plus manifestes » (arrêt *O’Connor*, précité, au paragraphe 68). Ainsi que le juge LeBel l’écrivait au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *Regan*, précité, aux paragraphes 54 à 56, cette mesure ne conviendra que si les deux critères suivants sont remplis :

1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;

2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

[77] S’il subsiste un degré d’incertitude quant à savoir si l’abus de procédure est suffisamment grave pour justifier la suspension des procédures, on applique un troisième critère : on met en balance les intérêts que servirait la suspension des procédures et l’intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond (arrêt *Tobiass*, précité, au paragraphe 92; arrêt *Regan*, précité, au paragraphe 225).

[78] Les tribunaux se sont également livrés à cet exercice de pondération dans des cas relevant de la catégorie résiduelle où l’équité du procès n’était pas en cause, mais où la poursuite de l’instance aurait pour effet de ternir l’image de l’administration de la justice. À titre d’exemple, voici ce que la Cour d’appel de l’Ontario écrit dans l’arrêt *R. v. Zarinchang*, 2010 ONCA 286, 99 R.J.O. (3^e) 721, aux paragraphes 58 à 61 :

[TRADUCTION] Lorsque la catégorie résiduelle s’applique, le tribunal estimera en règle générale qu’il est nécessaire de procéder à l’exercice de pondération mentionné dans le troisième critère. Lorsqu’une suspension est réclamée dans une affaire donnée en fonction de la catégorie résiduelle, on ne se

prosecution. Rather, the concern is for the integrity of the justice system.

When the problem giving rise to the stay application is systemic in nature, the reason a stay is ordered is to address the prejudice to the justice system from allowing the prosecution to proceed at the same time as the systemic problem, to which the accused was subjected, continues. In effect, a stay of the charge against an accused in the residual category of cases is the price the system pays to protect its integrity.

However, the “residual category” is not an opened-ended means for courts to address ongoing systemic problems. In some sense, an accused who is granted a stay under the residual category realizes a windfall. Thus, it is important to consider if the price of the stay of a charge against a particular accused is worth the gain. Does the advantage of staying the charges against this accused outweigh the interest in having the case decided on the merits? In answering that question, a court will almost inevitably have to engage in the type of balancing exercise that is referred to in the third criterion. It seems to us that a court will be required to look at the particulars of the case, the circumstances of the accused, the nature of the charges he or she faces, the interest of the victim and the broader interest of the community in having the particular charges disposed of on the merits.

Thus, in our view, a strong case can be made that courts should engage in the balancing exercise set out in the third criterion in most cases coming within the residual category. [My emphasis.]

[79] Where the abuse of process falls within the residual category, in “exceptional” and “relatively rare cases” a stay of proceeding will be granted where past conduct is so egregious that going forward would be offensive to society’s sense of justice. At paragraph 55 of *Regan*, above, the Supreme Court of Canada wrote:

As discussed above, most cases of abuse of process will cause prejudice by rendering the trial unfair. Under s. 7 of the Charter, however, a small residual category of abusive action exists which does not affect trial fairness, but still undermines the fundamental justice of the system (*O’Connor*, at para. 73). Yet even in these cases, the important prospective nature of the stay as a remedy must still be satisfied: “[t]he mere fact that the state has treated an individual shabbily in the past is not

pose pas la question de savoir si la reprise de l’instance causera un préjudice au demandeur. On cherche plutôt à protéger l’intégrité du système de justice.

Lorsque le problème à l’origine de la demande de suspension est de nature systémique, la suspension est ordonnée pour éviter le préjudice qui serait causé au système de justice si on laissait l’instance se poursuivre sans s’attaquer au problème systémique dont l’accusé est victime. En fait, l’arrêt des accusations portées contre un accusé dans les cas relevant de la catégorie résiduelle est le prix que le système paie pour protéger son intégrité.

La « catégorie résiduelle » n’est cependant pas un mécanisme illimité auquel les tribunaux peuvent recourir pour s’attaquer à des problèmes systémiques. En un certain sens, l’accusé qui se voit accorder une suspension en vertu de la catégorie résiduelle réalise un gain fortuit. Il est donc important de se demander si le prix à payer pour suspendre les accusations portées contre un individu donné en vaut la peine. Les avantages que comporte la suspension des accusations portées contre cet individu l’emportent-ils sur l’intérêt qu’il y a à faire trancher le litige sur le fond? Pour répondre à cette question, le tribunal devra presque inévitablement se livrer au genre d’exercice de pondération dont il est question dans le troisième critère. Il nous semble qu’un tribunal devra se pencher sur les particularités de l’espèce, la situation de l’accusé, la nature des accusations portées contre lui, et tenir compte à la fois de l’intérêt de la victime et de l’intérêt plus large de la société à faire juger sur le fond les accusations portées contre lui.

On peut donc solidement affirmer que les tribunaux devraient se livrer à un exercice de pondération conformément au troisième critère dans la plupart des cas relevant de la catégorie résiduelle [Non souligné dans l’original.]

[79] Dans le cas d’un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures sera accordée dans des cas « exceptionnels » et « relativement rares », lorsque la conduite passée reprochée est si grave que le simple fait de poursuivre le procès choquerait le sens de la justice de la société. Au paragraphe 55 de l’arrêt *Regan*, précité, la Cour suprême du Canada écrit :

Tel que mentionné plus haut, la plupart des cas d’abus de procédure causent un préjudice en rendant le procès inéquitable. En vertu de l’art. 7 de la Charte, il existe toutefois une petite catégorie résiduelle de conduite abusive qui ne touche pas l’équité du procès, mais qui n’en mine pas moins la justice fondamentale du système (*O’Connor*, par. 73). Pourtant, même en pareil cas, l’importance du caractère prospectif de la suspension des procédures comme réparation doit être

enough to warrant a stay of proceedings” (*Tobiass*, at para. 91). When dealing with an abuse which falls into the residual category, generally speaking, a stay of proceedings is only appropriate when the abuse is likely to continue or be carried forward. Only in “exceptional”, “relatively very rare” cases will the past misconduct be “so egregious that the mere fact of going forward in the light of it will be offensive” (*Tobiass*, at para. 91). [My emphasis.]

[80] A permanent stay should be assessed against a complete factual record concerning the prejudice. In *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paragraph 27, the Supreme Court wrote that:

This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds. Accordingly, the trial judge has a discretion as to whether to rule on the application for a stay immediately or after hearing some or all of the evidence. Unless it is clear that no other course of action will cure the prejudice that is occasioned by the conduct giving rise to the abuse, it will usually be preferable to reserve on the application. This will enable the judge to assess the degree of prejudice and as well to determine whether measures to minimize the prejudice have borne fruit.

[81] Where a permanent stay of proceedings is not an appropriate remedy, the Supreme Court in *Celanese*, above, at paragraph 59, suggested the following six non-exhaustive factors to be considered in determining whether solicitors should be removed:

- (1) how the documents came into the possession of the plaintiff or its counsel;
- (2) what the plaintiff and its counsel did upon recognition that the documents were potentially subject to solicitor-client privilege;
- (3) the extent of review made of the privileged material;
- (4) the contents of the solicitor-client communications and the degree to which they are prejudicial;

respectée : « [I]e simple fait que l’État se soit mal conduit à l’égard d’un individu par le passé ne suffit pas à justifier la suspension des procédures » (*Tobiass*, par. 91). Lorsqu’il s’agit d’un abus relevant de la catégorie résiduelle, la suspension des procédures ne constitue généralement une réparation appropriée que lorsque l’abus risque de se poursuivre ou de se produire subséquemment. Ce n’est que dans des cas « exceptionnels », « relativement très rares », que la conduite passée reprochée est « si grave que le simple fait de poursuivre le procès serait choquant » (*Tobiass*, par. 91). [Non souligné dans l’original.]

[80] L’opportunité d’accorder une suspension permanente devrait être examinée à la lumière d’un dossier factuel complet portant sur le préjudice. Dans l’arrêt *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, au paragraphe 27, la Cour suprême écrit :

Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d’arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu’il ne soit évident qu’aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l’abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d’évaluer l’ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses.

[81] Lorsque la suspension permanente d’instance ne constitue pas la réparation appropriée, la Cour suprême du Canada a suggéré, au paragraphe 59 de l’arrêt *Celanese*, précité, de tenir compte des six facteurs non exhaustifs suivants pour décider s’il y a lieu de déclarer des avocats inhabiles à occuper :

- 1) la manière dont le demandeur ou ses avocats sont entrés en possession des documents;
- 2) les mesures que le demandeur et ses avocats ont prises lorsqu’ils ont constaté que les documents étaient potentiellement assujettis au privilège avocat-client;
- 3) la mesure dans laquelle les documents privilégiés ont été examinés;
- 4) la teneur des communications avocat-client et la mesure dans laquelle elles sont préjudiciables;

(5) the stage of the litigation;

5) l'étape de l'instance;

(6) the potential effectiveness of a firewall or other precautionary steps to avoid mischief.

6) l'efficacité potentielle d'une mesure de protection ou d'autres précautions destinées à éviter un préjudice.

[82] If the risk of prejudice has not been rebutted and a remedy short of removing the solicitors will address the violation of privilege, it should be considered (*Celanese*, above, at paragraph 56).

[82] Si le risque de préjudice n'a pas été écarté et qu'il est possible de remédier au problème sans avoir à déclarer les avocats inhabiles à occuper, il faut examiner cette possibilité (*Celanese*, précité, au paragraphe 56).

ANALYSIS

ANALYSE

[83] I propose to address the issue raised in this motion by answering the following questions:

[83] Je me propose d'aborder la question litigieuse soulevée dans la présente requête en répondant aux questions suivantes :

(1) Has Mr. Mahjoub established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege was in the possession of the ministers?

1) Monsieur Mahjoub a-t-il démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres?

(2) If so, have the ministers rebutted the presumption that there is a risk that privileged material belonging to Mr. Mahjoub and held by the ministers will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub should the proceedings continue?

2) Dans l'affirmative, les ministres ont-ils réfuté la présomption qu'il existe un risque que les documents protégés appartenant à M. Mahjoub qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment de M. Mahjoub si l'instance se poursuit?

(3) If the presumption is not rebutted, does the gravity of the breach of Mr. Mahjoub's Charter rights warrant a stay of proceedings or a lesser remedy?

3) Si cette présomption n'a pas été réfutée, la gravité de la violation des droits garantis à M. Mahjoub par la Charte justifie-t-elle la suspension des procédures ou une réparation moindre?

(4) Does the conduct of the ministers connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process? If so, what is the appropriate remedy?

4) La conduite des ministres traduit-elle un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

(1) Has Mr. Mahjoub established that confidential information attributable to a solicitor-client relationship or to litigation privilege is in the possession of the ministers?

1) Monsieur Mahjoub a-t-il démontré que des renseignements confidentiels qui seraient protégés par le secret professionnel de l'avocat ou par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès se trouvaient en la possession des ministres?

[84] In *Celanese*, above, the Supreme Court adopted its prior jurisprudence in *MacDonald Estate*, where it held that in circumstances where the opposing firm of solicitors is shown to have received (at paragraph 42):

...“confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand” (p. 1260), the court will infer “that lawyers who work together share confidences” (p. 1262) and that this will result in a *risk* that such confidences will be used to the prejudice of the client, unless the receiving solicitors can show “that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur” (p. 1260).

[85] The affidavit evidence filed on behalf of Mr. Mahjoub attests that the materials at issue consist of the following:

- Pleadings/procedures annotated by public counsel and by Mr. Mahjoub;
- Handwritten and/or computerized notes on legal strategy and other privileged information by public counsel and by Mr. Mahjoub;
- Public counsel’s preparation of cross-examinations of past and future witnesses;
- All exhibits with handwritten annotations, underlining and marginal notes.

[86] The affidavits filed in support of Mr. Mahjoub’s motion also attest more specifically that:

• “one folder had [the handwriting of an assistant working for Mr. Mahjoub’s counsel] on it” and another document “contained Me Hameed’s [counsel for Mr. Mahjoub] initials and a piece of paper stuck to the document with Hameed’s handwritten notes/comments containing visible confidential information”.

• “Many of public counsel’s documents in the break-out room contained, on their cover page, post-it notes

[84] Dans l’arrêt *Celanese*, précité, la Cour suprême a repris à son compte ce qu’elle avait déjà affirmé dans l’arrêt *Succession MacDonald*, dans lequel elle avait statué que, dès qu’il est démontré que le cabinet d’avocats agissant pour la partie adverse a pris connaissance (au paragraphe 42) :

[...] « des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d’avocat à client, qui concernent l’objet du litige » (p. 1260), le tribunal présumera « que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels » (p. 1262) et qu’il y a alors un *risque* que ces renseignements soient utilisés au préjudice du client, à moins que les avocats qui les ont obtenus ne puissent démontrer que « le public, c’est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu’il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » (p. 1260).

[85] L’affidavit déposé pour le compte de M. Mahjoub confirme que les documents en cause consistent en ce qui suit :

- actes de procédure annotés par les avocats publics et par M. Mahjoub;
- notes manuscrites et/ou informatisées sur la stratégie juridique et autres renseignements confidentiels des avocats publics et de M. Mahjoub;
- préparation, par les avocats publics, des contre-interrogatoires des témoins déjà entendus ou à entendre;
- toutes les pièces portant des annotations manuscrites, des soulèvements et des notes marginales.

[86] Les affidavits déposés à l’appui de la requête de M. Mahjoub attestent plus précisément ce qui suit :

[TRADUCTION]• « Une chemise [sur laquelle se trouvait l’écriture de l’assistante qui travaillait pour l’avocat de M. Mahjoub] » et un autre document [TRADUCTION] « qui contenait les initiales de M. Hameed [l’avocat de M. Mahjoub] ainsi qu’un bout de papier collé sur le document et portant des notes ou des observations manuscrites de M. Hameed renfermant des renseignements confidentiels visibles ».

• « Bon nombre des documents des avocats publics se trouvant dans la salle de travail contenaient, sur leur

written by [counsel for Mr. Mahjoub] and by Mr. Mahjoub that could easily be read by any person who looks at the document.”

- Documents in public counsel’s breakout room “contained strategic information sensitive to the preparation of Mr. Mahjoub’s case”.

- “[M]ost of the documents on the table on their face belonged to public counsel including, among others: public counsel’s notes, public counsel’s marginal notes, underlining, annotations and other information added to most if not all exhibits, transcripts and other materials belonging to public counsel, Mr. Mahjoub’s notes on exhibits, public counsel’s cross-examination preparation documents, etc.”

[87] Mr. Mahjoub contends that the above evidence establishes that some of the material in the possession of the ministers is privileged.

[88] The ministers “do not dispute that some of the documents in [their] possession may contain privileged information” but contend that Mr. Mahjoub’s evidence “lacks the sufficient detail or the identification of specific documents as required at law to discharge their evidentiary burden.” The ministers argue that affidavits supporting the existence of privilege must establish a sufficient factual basis and be construed strictly. They also submitted at the October 3, 2011 hearing that it may be appropriate for the Court to review the materials to determine whether privilege attaches to any of the documents. Finally, the ministers contend that it is necessary for Mr. Mahjoub to establish privilege over every document.

page couverture, des papillons adhésifs contenant des notes écrites par [les avocats de M. Mahjoub] et par M. Mahjoub qui pouvaient être facilement lues par toute personne qui examinerait le document. «

- Des documents se trouvant dans la salle de travail des avocats publics [TRADUCTION] « contenaient des renseignements stratégiques sensibles concernant la préparation de la cause de M. Mahjoub ».

- « La plupart des documents se trouvant sur la table appartenait à première vue aux avocats publics. On y trouvait notamment les documents suivants : des notes prises par les avocats publics, des notes marginales des avocats publics, des passages soulignés, des annotations et d’autres renseignements ajoutés à la plupart sinon à la totalité des pièces, des transcriptions et des autres documents appartenant aux avocats publics, des notes inscrites par M. Mahjoub sur les pièces, les documents de préparation des contre-interrogatoires rédigés par les avocats publics, etc. »

[87] M. Mahjoub affirme que les éléments de preuve susmentionnés démontrent que certains des documents qui se trouvent en la possession des ministres sont confidentiels.

[88] Les ministres [TRADUCTION] « ne contestent pas que certains des documents se trouvant en leur possession peuvent contenir des renseignements confidentiels », mais ils ajoutent que la preuve présentée par M. Mahjoub [TRADUCTION] « n’est pas suffisamment détaillée et n’identifie pas de document précis, contrairement à ce qu’exige la loi pour être en mesure de s’acquitter de leur fardeau de la preuve ». Les ministres soutiennent que les affidavits qui confirment l’existence du privilège doivent démontrer l’existence d’un fondement factuel suffisant et être interprétés de façon stricte. Ils ont également fait valoir, lors de l’audience du 3 octobre 2011, qu’il convenait probablement que la Cour examine les documents en question pour déterminer s’ils étaient effectivement protégés par un privilège. Enfin, les ministres affirment qu’il est nécessaire que M. Mahjoub démontre l’existence du privilège relativement à chacun des documents.

[89] The jurisprudence teaches that there is (*Celanese*, above, at paragraphe 42):

... no onus on the moving party to adduce any further evidence as to the nature of the confidential information beyond that which was needed to establish that the receiving lawyer had obtained confidential information attributable to a solicitor and client relationship which was relevant to the matter at hand.

[90] There is no dispute that the ministers took documents from Mr. Mahjoub's breakout room, situated in immediate proximity to the courtroom, after an adjournment late in the proceedings. The ministers acknowledge that some of the materials at issue "may" be privileged.

[91] There is also no dispute that the materials at issue belonged to Mr. Mahjoub, were stored in a breakout room assigned to Mr. Mahjoub's litigation team and were documents used by Mr. Mahjoub in the conduct of the litigation. Mr. Hameed's affidavit confirms that some of the documents contained handwritten and/or computerized notes on legal strategy and other privileged information written by public counsel and by Mr. Mahjoub.

[92] I accept Mr. Mahjoub's submission made at the October 3, 2011 hearing that it would have been difficult to adduce more information on the nature or content of his documents since the documents were not in his possession at the time he filed his record.

[93] Further, the Report subsequently filed by Prothonotary Aalto following the separation process mandated by the Court's October 4, 2011 order, confirms that materials seized included "solicitor work product, solicitor-client privileged material, and litigation privileged material" belonging to Mr. Mahjoub (Aalto Report, at page 29).

[94] The Prothonotary is well suited to make such determinations. As a motions Judge, he is routinely tasked

[89] La jurisprudence nous enseigne (arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42) :

[...] [qu'il n'est pas] imposé à la partie requérante l'obligation de produire d'autres éléments de preuve concernant la nature des renseignements confidentiels en plus de ce qui est nécessaire pour établir que, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, l'avocat en cause a appris des faits confidentiels qui concernaient l'objet du litige.

[90] Il est acquis aux débats que les ministres ont pris des documents se trouvant dans la salle de travail de M. Mahjoub située juste à côté de la salle d'audience après que l'audience eut été ajournée à un stade avancé de l'instance. Les ministres reconnaissent que certains des documents en cause « peuvent » être confidentiels.

[91] Il est également acquis aux débats que les documents en cause appartenaient à M. Mahjoub, qu'ils ont été entreposés dans la salle de travail assignée à l'équipe du contentieux de M. Mahjoub et qu'il s'agissait de documents que M. Mahjoub entendait utiliser au cours de l'instance. L'affidavit de M. Hameed confirme que certains des documents comportaient des notes manuscrites et/ou informatisées portant sur la stratégie juridique ainsi que d'autres renseignements confidentiels rédigés par les avocats publics et par M. Mahjoub.

[92] J'accepte l'argument que M. Mahjoub a formulé lors de l'audience du 3 octobre 2011 suivant lequel il aurait été difficile de présenter une plus grande quantité de renseignements au sujet de la nature et du contenu de ces documents, étant donné que ces documents ne se trouvaient pas en sa possession au moment où il a déposé son dossier.

[93] De plus, le rapport que le protonotaire Aalto a déposé à la suite du processus de séparation ordonné par la Cour aux termes de son ordonnance du 4 octobre 2011 confirme qu'on trouvait, au nombre des documents saisis « le produit du travail des avocats; des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat; des documents protégés par le privilège des communications échangées dans le cadre du procès » (rapport du protonotaire Aalto, à la page 29).

[94] Le protonotaire est bien placé pour parvenir à de telles conclusions. En tant que juge des requêtes, il lui

with determining whether solicitor-client privilege attaches to contested documents during the disclosure stage of a proceeding. Such decisions determine the content of the record that is before the hearing judge.

[95] I am therefore satisfied that Mr. Mahjoub has met his onus and has established that the ministers' counsel had possession of confidential information attributable to a solicitor-client relationship which was relevant to the matter at hand. It follows from the above-cited jurisprudence that the ministers now bear the onus of rebutting the legal presumption that there is a risk that such confidences will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub.

(2) Have the ministers rebutted the presumption that there is a risk that privileged material belonging to Mr. Mahjoub and held by the ministers will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub should the proceedings continue?

[96] The ministers have the onus of demonstrating on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41), with "clear and convincing evidence" (*McDonald Estate*, above, at page 1262; *Celanese*, above, at paragraph 42) "that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur" (*McDonald Estate*, above, at page 1260).

[97] Mr. Mahjoub argues that the seizure of the materials at issue by the ministers was egregious and negligent. He maintains that no explanation is offered as to why certain members of the ministers' litigation team did not file affidavit evidence. Mr. Mahjoub further points to the fact that the ministers admit that at least one counsel for the ministers viewed contents of several boxes. As a result, he argues the ministers are aware of the substance of some of his privileged information. Mr. Mahjoub argues that the ministers' evidence

revient normalement de décider si les documents contestés sont protégés ou non par le secret professionnel de l'avocat. Ces décisions, qu'il fait à l'étape de la divulgation de l'instance, ont pour effet de circonscrire le contenu du dossier qui sera soumis au juge qui présidera l'audience.

[95] Je suis par conséquent convaincu que M. Mahjoub s'est acquitté du fardeau qui lui incombait et qu'il a démontré que les avocats du ministre avaient en leur possession des renseignements confidentiels protégés par le secret professionnel de l'avocat et que ces renseignements étaient pertinents en l'espèce. Il découle de la jurisprudence précitée qu'il incombe maintenant aux ministres de réfuter la présomption légale suivant laquelle il existe un risque que les renseignements confidentiels qu'ils ont obtenus soient utilisés au détriment de M. Mahjoub.

(2) Les ministres ont-ils réfuté la présomption qu'il existe un risque que les documents protégés appartenant à M. Mahjoub qui se trouvaient en la possession des ministres soient utilisés au détriment de M. Mahjoub si l'instance se poursuit?

[96] Il incombe aux ministres de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41) au moyen de « preuves claires et convaincantes » (arrêt *Succession McDonald*, précité, à la page 1262; arrêt *Celanese*, précité, au paragraphe 42) « [que] le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, [serait convaincu] qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels » (arrêt *Succession McDonald*, précité, à la page 1260).

[97] Monsieur Mahjoub soutient que la saisie des documents en cause par les ministres était abusive et entachée de négligence. Il fait valoir qu'aucune explication n'a été donnée pour expliquer pourquoi certains membres de l'équipe du contentieux des ministres n'ont pas souscrit d'affidavits. Monsieur Mahjoub souligne par ailleurs que les ministres ont admis qu'au moins un de leurs avocats a pris connaissance du contenu de plusieurs boîtes. Il affirme par conséquent que les ministres étaient au courant de l'essentiel de

fails to provide sufficient basis to rebut the legal presumption of risk of prejudice. He also contends the seizure is but one of several violations of solicitor-client privilege since 1996 and that the Court should consider these past violations as context when considering the alleged violation at issue.

[98] Regarding the latter argument advanced by Mr. Mahjoub, the Court is well aware of the record in the underlying proceedings relating to the alleged violations of Mr. Mahjoub's solicitor-client privilege. However, those allegations are disputed and have yet to be decided. Both parties agree that those issues are not to be decided on this motion. Consequently, such disputed allegations cannot be relied upon to decide the within motion.

[99] The ministers contend that they have rebutted the presumption of risk of prejudice "because the documents in question were either not reviewed or reviewed only in a cursory fashion before the access to the documents was completely sealed".

[100] The taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's documents with the ministers' documents were the direct result of a serious lack of diligence by members of the ministers' team in the conduct of the litigation. In particular, senior members of the team failed to give proper and clear direction to junior members and legal assistants. The seriousness of the possible consequences that flow from such negligent conduct on behalf of the ministers cannot be overstated. At a minimum, the negligent actions of the ministers' litigation team resulted in a further significant delay in proceedings already plagued by numerous procedural delays. The ministers alone bear responsibility for this delay. However, notwithstanding the seriousness of the failures of the ministers' litigation team, I am satisfied that the mistakes made were not intentional or pre-mediated. On the evidence, I find no *mala fides* on the part of the ministers or their litigation team.

certain des renseignements confidentiels en question. Monsieur Mahjoub ajoute que la preuve présentée par les ministres ne fournit pas de fondement suffisant pour réfuter la présomption légale quant à l'existence d'un risque de préjudice. Il affirme également que la saisie n'est qu'une violation du secret professionnel de l'avocat parmi plusieurs autres qui ont été commises depuis 1996, et que la Cour devrait tenir compte de ces violations pour se prononcer sur la présumée violation en cause.

[98] En ce qui concerne le dernier argument formulé par M. Mahjoub, la Cour est bien au courant du contenu du dossier de l'instance sous-jacente se rapportant aux présumées violations du secret professionnel de l'avocat de M. Mahjoub. Toutefois, ces allégations sont contestées et il n'y a pas encore eu de décision à cet égard. Les deux parties conviennent qu'il n'y a pas lieu de trancher ces questions dans le cadre de la présente requête. Par conséquent, on ne peut tenir compte de ces allégations contestées pour trancher la présente requête.

[99] Les ministres affirment qu'ils ont réfuté la présomption du risque de préjudice [TRADUCTION] « parce que soit les documents en question n'ont pas été examinés soit ils ne l'ont été que de façon superficielle avant que l'accès à ces documents soit totalement bloqué ».

[100] La prise de possession des documents de M. Mahjoub et leur amalgame avec ceux des ministres découlent directement d'un grave manque de diligence de la part des membres de l'équipe des ministres lors du déroulement de l'instance. En particulier, les membres principaux de l'équipe n'ont pas donné de directives appropriées et claires à leurs adjoints ou aux assistants juridiques. On ne saurait trop insister sur la gravité des conséquences possibles de cette négligence de la part des ministres. À tout le moins, la négligence dont les membres de l'équipe du contentieux du ministre ont fait preuve a causé d'autres retards importants dans le déroulement d'une instance qui s'embourbait déjà en raison de nombreux délais procéduraux. Les ministres sont les seules personnes à blâmer pour ce retard. Toutefois, malgré la gravité des manquements commis par les membres de l'équipe du contentieux des ministres, je suis convaincu que ces erreurs n'étaient pas volontaires

[101] The ministers first recognized that they were in possession of materials that belonged to Mr. Mahjoub when Ms. Stewart Guthrie attended office 916 on August 22, 2011, in response to the email sent on the same day by Ms. Schneider to review the contents of the miscellaneous boxes. Upon seeing a single handwritten page in one of the boxes, she saw the name “Tyndale” written on the left of the page in handwriting she did not recognize. It is at this point that Ms. Stewart Guthrie believed that some of the notes may not belong to the ministers. She closed the box and spoke with Ms. Schneider, a paralegal, and Ms. Kaneira, DOJ counsel, both on the Mahjoub team, telling them she believed they had brought back materials from the Court that were not theirs.

[102] Mr. Tyndale, Senior Counsel on the Mahjoub team, upon being informed of the situation by Ms. Stewart Guthrie, instructed her to label the boxes containing Mr. Mahjoub’s materials “To be reviewed by Public counsel” and to draft an email to public counsel advising them of the situation and proposing that the parties review the materials to separate them. This was done on the same day.

[103] While I accept that the eight miscellaneous boxes containing “correspondence, handwritten notes and case law” were set aside for review by public counsel and so labeled, Ms. Schneider continued to work in the office for the remainder of the week sorting documents in other boxes. No action was taken to seal and control access to the room until public counsel visited the office on September 1, 2011. Given that certain materials found in the eight miscellaneous boxes may have contained privileged information, the ministers should have moved to seal the eight boxes at that time.

ou préméditées. Vu l’ensemble de la preuve, j’estime que les ministres et leur équipe du contentieux ne peuvent être accusés de mauvaise foi.

[101] Les ministres ont d’abord reconnu qu’ils avaient en leur possession des documents qui appartenaient à M. Mahjoub, lorsque M^{me} Stewart Guthrie s’est présentée à la pièce 916 le 22 août 2011 en réponse au courriel envoyé le même jour par M^{me} Schneider pour inviter les ministres à examiner le contenu de diverses boîtes. En apercevant une page manuscrite dans l’une des boîtes, M^{me} Schneider a vu le nom « Tyndale » écrit à la gauche à la main sur la page. Elle n’a pas reconnu l’écriture. C’est à ce moment-là que M^{me} Stewart Guthrie a pensé que certaines des notes n’appartenaient peut-être pas aux ministres. Elle a refermé la boîte et a parlé à M^{me} Schneider, technicienne juridique, et à M^{me} Kaneira, avocate du ministère de la Justice, qui faisaient toutes les deux partie de l’équipe Mahjoub, pour leur dire qu’elle croyait qu’on avait ramené de la Cour des documents qui n’appartenaient pas aux ministres.

[102] Après avoir été mis au courant de la situation par M^{me} Stewart Guthrie, M. Tyndale, avocat principal faisant partie de l’équipe Mahjoub, a donné pour instructions à M^{me} Guthrie d’étiqueter les boîtes dans lesquelles se trouvaient les documents de M. Mahjoub en y apposant la mention [TRADUCTION] « À examiner par les avocats publics » et d’envoyer aux avocats publics un courriel les informant de la situation et leur proposant que les parties examinent les documents en vue de les séparer, ce qui a été fait le jour même.

[103] Bien que j’accepte que huit boîtes contenant des documents divers (correspondance, notes manuscrites, jurisprudence, etc.) avaient été mises de côté en vue d’être examinées par les avocats publics et qu’elles ont été étiquetées en conséquence, M^{me} Schneider a continué à travailler au bureau le reste de la semaine où elle triait des documents dans d’autres boîtes. Aucune mesure n’a été prise pour sceller la pièce et pour en contrôler l’accès jusqu’à ce que les avocats publics s’y rendent le 1^{er} septembre 2011. Compte tenu du fait que certains documents retrouvés dans les huit boîtes diverses contenaient peut-être des renseignements confidentiels, les ministres auraient dû prendre des mesures pour sceller les huit boîtes à ce moment-là.

[104] I also note that no actions were taken by anyone on the Mahjoub team on July 15, 2011, when Ms. Dean, upon her return from Court, had sent an email to the team advising its members that she and Ms. Krakowska, a legal assistant on the Mahjoub team, had “emptied courtroom 6D and prep room 6013 [ministers’ breakout room] and had moved all of the materials into prep room 6011 [Mr. Mahjoub’s breakout room]”. At this juncture, before any materials were moved to the DOJ, the ministers’ team should have known that there was a problem with members of the team accessing both breakout rooms and moving “all” of the materials in Mr. Mahjoub’s breakout room. Immediate action at that time may have served to mitigate potential harm that, arguably, would flow from the taking and co-mingling of documents.

[105] Following public counsel’s visit to office 916 on September 1, 2011, where the extent of the problem involving the co-mingling of the documents was made clear, the office was locked and a yellow caution tape was affixed to the entrance to the office. Keys of the office were secured at that point and the office has remained sealed until the materials were ordered back to the courthouse pursuant to the order of Prothonotary Aalto.

[106] All members of the ministers’ litigation team, including the paralegal with the most exposure to the documents, who had entered office 916 prior to it being sealed, have been temporarily removed from the team pending final determination of the motion.

[107] Further, certain ethical walls were set up to ensure that the removed members of the team would not discuss what they saw, if anything, of the documents in office 916 nor have access to the files relating to the case. The evidence of the Regional Director with the DOJ in Toronto, Martha Hendriks, indicates that the ethical walls put in place were rigidly applied and have been respected since their implementation.

[104] Je constate également qu’aucune mesure n’a été prise par les membres de l’équipe Mahjoub le 15 juillet 2011, date à laquelle M^{me} Dean a, à son retour de la Cour, envoyé un courriel aux membres de l’équipe pour les informer que M^{me} Krakowska, assistante juridique dans l’équipe Mahjoub, et elle avaient [TRADUCTION] « vidé la salle d’audience 6D et la pièce 6013 [la salle de réunion des ministres] et tout transféré à la pièce 6011 [la salle de réunion de M. Mahjoub] ». À ce moment-là, avant que des documents ne soient transférés aux bureaux du ministère de la Justice, l’équipe des ministres aurait dû savoir qu’il y avait un problème en ce qui concerne le fait que les membres de l’équipe avaient eu accès aux deux salles de travail et en avaient transféré « tous » les documents dans la salle de travail de M. Mahjoub. Si l’on avait pris immédiatement des mesures, on aurait pu atténuer l’éventuel préjudice qui pouvait découler de la prise de possession et de l’amalgame des documents.

[105] À la suite de la visite des avocats publics le 1^{er} septembre 2011 à la pièce 916, au cours de laquelle ceux-ci ont pu constater l’ampleur du problème causé par l’amalgame des documents, le bureau a été verrouillé et sécurisé au moyen d’un ruban jaune installé dans l’entrée du bureau. On a alors confisqué les clés du bureau, qui est demeuré scellé jusqu’à ce que le protonotaire Aalto ordonne que les documents soient retournés au palais de justice.

[106] Tous les membres de l’équipe du contentieux des ministres, y compris les techniciens juridiques qui avaient été le plus en contact avec les documents et qui avaient eu accès à la pièce 916 avant qu’elle ne soit scellée, ont dû se retirer temporairement de l’équipe en attendant qu’une décision définitive soit rendue au sujet de la requête.

[107] De plus, certains murs éthiques ont été érigés pour faire en sorte que les membres de l’équipe qui avaient dû se retirer ne discutent pas de ce qu’ils avaient vu, le cas échéant, au sujet des documents se trouvant dans la pièce 916 et pour s’assurer qu’ils n’aient pas accès aux dossiers relatifs à l’affaire. La directrice régionale du ministère de la Justice à Toronto, M^{me} Martha Hendriks, a expliqué que les murs éthiques qui avaient été érigés

[108] I find that the measures put in place by the ministers after September 1, 2011, to secure office 916 and the materials were appropriate and effective in the circumstances.

[109] To rebut the legal presumption that there is a real risk that Mr. Mahjoub's privileged materials will be used to the prejudice of Mr. Mahjoub, the ministers filed a number of affidavits in evidence. The Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Immigration Law Division of the Ontario Regional Office of the DOJ, Ms. Rhonda Marquis, attests that she communicated with every member of the Mahjoub team, including the two legal assistants who had originally boxed the materials for their return to office 916, Ms. Dean and Ms. Krakowska, and the paralegal who had the most access to those materials, Ms. Schneider, and confirmed that the members of the Mahjoub team with whom she communicated had advised her that they did not review opposing counsel's materials. There is no evidence that Ms. Marquis entered office 916 or otherwise had access to the Mr. Mahjoub's documents. Ms. Marquis further attests that CSIS [Canadian Security Intelligence Service] counsel advised her that they had not entered office 916 at any time since July 15, 2011. She was also advised that no CBSA [Canada Border Services Agency] personnel assigned to the Mahjoub matter have entered office 916 at any time since July 15, 2011.

[110] In addition to the affidavit of Ms. Marquis, the ministers filed the affidavits of Kamal Dean, Jillian Schneider, Daniel Engel, Sharon Stewart Guthrie, Jocelyn Espejo-Clarke, Nimanthika Kaneira, Maria Teresa Martins and Martha Lori Hendriks. For the reasons set earlier at paragraph 57 of these reasons for order, paragraph 8 of the affidavit of Martha Lori Hendriks has been disregarded and is not part of the record.

avaient été scrupuleusement respectés depuis leur mise en œuvre.

[108] J'estime que les mesures prises par les ministres après le 1^{er} septembre 2011 pour sécuriser la pièce 916 et protéger les documents s'y trouvant étaient appropriées et efficaces dans les circonstances.

[109] Les ministres ont déposé plusieurs affidavits en preuve pour réfuter la présomption légale suivant laquelle il existait un risque véritable que les documents confidentiels de M. Mahjoub soient utilisés à son détriment. La directrice régionale adjointe et avocate principale de la Section du droit de l'immigration du bureau régional de l'Ontario du ministère de la Justice, M^{me} Rhonda Marquis, a affirmé qu'elle avait communiqué avec chacun des membres de l'équipe Mahjoub, y compris les deux assistantes juridiques qui avaient à l'origine placé les documents dans des boîtes en vue de les retourner à la pièce 916, M^{mes} Dean et Krakowska, ainsi qu'avec la technicienne juridique qui avait été en contact plus étroit avec ces documents, M^{me} Schneider. Elle a confirmé que les membres de l'équipe Mahjoub avec lesquels elle avait communiqué l'avaient assurée qu'ils n'avaient pas examiné les documents des avocats de la partie adverse. Rien ne permet de penser que M^{me} Marquis est entrée dans la pièce 916 ou qu'elle a eu par ailleurs accès aux documents de M. Mahjoub. M^{me} Marquis a également affirmé que les avocats du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] l'avaient informée qu'ils n'étaient pas entrés dans la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011. On l'a également informée qu'aucun des membres du personnel de l'ASFC [l'Agence des services frontaliers du Canada] assignés au dossier Mahjoub n'était entré dans la pièce 916 depuis le 15 juillet 2011.

[110] En plus de l'affidavit souscrit par M^{me} Marquis, le ministre a déposé des affidavits souscrits par Kamal Dean, Jillian Schneider, Daniel Engel, Sharon Stewart Guthrie, Jocelyn Espejo-Clarke, Nimanthika Kaneira, Maria Teresa Martins et Martha Lori Hendriks. Pour les motifs que j'ai déjà exposés au paragraphe 57 des présents motifs, le paragraphe 8 de l'affidavit de Martha Lori Hendriks a été écarté et il ne fait donc pas partie du dossier.

[111] With the exception of Ms. Marquis and Ms. Hendriks, all of the other affiants who filed affidavits on behalf of the ministers on this motion had access to Mr. Mahjoub's documents. They either accessed the breakout rooms and/or office 916 at the DOJ. I will now review the evidence of each of these affiants.

[112] Ms. Kamal Dean, a legal assistant with the Mahjoub team, was asked by another legal assistant, Ms. Irena Krakowska, on July 15, 2011, to accompany her to the Court to retrieve the ministers' materials. Ms. Dean attests that she "did not read any of the documents that were in the courtroom or in the breakout rooms and was unaware that any of the documents belonged to counsel representing Mr. Mahjoub". Ms. Dean also attests that she had been advised by Ms. Krakowska and verily believes that "Irena did not read any of the documents in the courtroom or in the breakout rooms and that she was unaware that any of the documents belonged to counsel representing Mr. Mahjoub". Ms. Dean further attests that Ms. Krakowska advised her "she did not know that one of the breakout rooms was being used by counsel for Mr. Mahjoub". Ms. Dean helped Ms. Schneider organize the documents in office 916 on the mornings of July 25–27, 2011. Ms. Dean attests that she only looked at the title page and the back page of documents and did not notice any handwritten annotations.

[113] Ms. Jillian Schneider, a paralegal on the Mahjoub team, attests that she was asked to organize the materials once they arrived in office 916. She proceeded to do so on July 25–27, 2011. She attests that on August 8, 2011, she sought the assistance of Mr. Engel to determine which documents needed to go back to Court for the resumption of the hearing. On the same day, in office 916, they "opened two or three boxes of the documents and flipped through the material". She states that it became clear that the contents of the boxes needed to be organized into categories before it could be decided what needed to be returned to Court. She states that she then proceeded on her own to organize the

[111] À l'exception de M^{mes} Marquis et Hendriks, toutes les autres personnes qui ont souscrit des affidavits pour le compte des ministres au soutien de la présente requête ont eu accès aux documents de M. Mahjoub. Elles ont pu entrer dans les salles de travail et/ou la pièce 916 du ministère de la Justice. Je vais maintenant examiner le témoignage de chacun des auteurs de ces affidavits.

[112] Madame Kamal Dean, assistante juridique faisant partie de l'équipe Mahjoub, a été invitée par une autre assistante juridique, M^{me} Irena Krakowska, le 15 juillet 2011, à l'accompagner à la Cour pour récupérer les documents des ministres. Madame Dean affirme qu'elle n'a [TRADUCTION] « lu aucun des documents qui se trouvaient dans la salle d'audience ou dans les salles de travail et [qu'elle ignorait] que les documents appartenaient aux avocats représentant M. Mahjoub ». Madame Dean affirme également qu'elle a été informée par M^{me} Krakowska et qu'elle a toutes les raisons de croire que [TRADUCTION] « Irena n'a lu aucun des documents dans la salle d'audience ou dans les salles de travail et qu'elle ignorait que les documents appartenaient aux avocats représentant M. Mahjoub ». Madame Dean affirme également que M^{me} Krakowska l'a informée qu'elle ignorait [TRADUCTION] « qu'une des salles de travail était utilisée par les avocats de M. Mahjoub ». Madame Dean a aidé M^{me} Schneider à classer les documents dans la pièce 916 les 25, 26 et 27 juillet au matin. Madame Dean affirme qu'elle a seulement vu la page titre et la dernière page des documents et qu'elle n'a remarqué aucune annotation manuscrite.

[113] Madame Jillian Schneider, technicienne juridique faisant partie de l'équipe Mahjoub, affirme qu'on lui a demandé de classer les documents après leur arrivée dans la pièce 916. C'est ce qu'elle a fait les 25, 26 et 27 juillet 2011. Elle affirme que le 8 août 2011, elle a demandé à M. Engel de l'aider à décider quels documents devaient être ramenés à la Cour avant la reprise de l'audience. Le même jour, dans la pièce 916, ils ont tous les deux [TRADUCTION] « ouvert deux ou trois boîtes et feuilleté les documents ». Elle déclare que l'examen leur a permis de constater immédiatement qu'il était nécessaire de classer le contenu des boîtes en catégories avant de pouvoir décider ce qui devait être retourné à la

materials in categories of documents. When organizing the documents, she looked at the title of the document and occasionally at the back page. She attests that she “did not read or look at the content of the documents” and did not recall “having seen any handwritten notations on any of the documents”. It is also noted that Ms. Schneider attests that in continuing to organize the documents in office 916, she never looked into the eight boxes after Ms. Stewart Guthrie labeled them for public counsel’s review.

[114] Mr. Daniel Engel, counsel on the ministers’ litigation team, attests that he attended office 916 at the DOJ on August 8, 2011, to review the contents of the boxes of documents to determine what material needed to return to Court upon resumption of the hearing. He states that with Ms. Schneider, he opened two or three boxes and “flipped” through the material. He attests that he was in the office for approximately 10 minutes and has not returned to the office since. He attests that “[he] do[es] not recall having seen any of Public Counsel’s materials while [he] flipped through the contents of the 2-3 boxes on August 8, 2011”.

[115] Ms. Sharon Stewart Guthrie, DOJ counsel on the Mahjoub team, attended office 916 on August 22, 2011, in order to assist Ms. Schneider in identifying certain documents. Her affidavit evidence relating to her contact with the materials in office 916 can be summarized as follows:

1. She reviewed the labels on boxes that were put aside to go back to Court. She did not open these boxes.

2. She reviewed the labels on two or three boxes of exhibits in file folders. She opened the boxes and “quickly flipped through the file folders”. She then closed the boxes and left them on the desk.

Cour. Elle affirme qu’elle a ensuite classé les documents elle-même par catégories et que, pour ce faire, elle regardait le titre du document et, à l’occasion, la dernière page. Elle déclare qu’elle [TRADUCTION] « n’a pas lu les documents ni regardé leur contenu » et ne se rappelle pas [TRADUCTION] « avoir vu des annotations manuscrites sur les documents ». Il y a également lieu de signaler que M^{me} Schneider affirme qu’alors qu’elle continuait à classer les documents dans la pièce 916, elle n’a jamais examiné le contenu des huit boîtes après que M^{me} Stewart Guthrie les eut étiquetées en vue de leur examen par les avocats publics.

[114] Monsieur Daniel Engel, avocat de l’équipe du contentieux des ministres, a affirmé qu’il s’était présenté dans la pièce 916 du ministère de la Justice le 8 août 2011 pour examiner le contenu des boîtes de documents et déterminer quels documents devaient être retournés à la Cour pour la reprise de l’audience. Il déclare qu’avec M^{me} Schneider, il a ouvert deux ou trois boîtes et a « feuilleté » les documents. Il affirme qu’il n’a passé qu’une dizaine de minutes au bureau et qu’il n’y est pas revenu depuis. Il ajoute qu’il [TRADUCTION] « ne se souvien[t] pas avoir vu les documents des avocats publics pendant qu’il passait rapidement en revue le contenu des documents se trouvant dans les deux ou trois boîtes le 8 août 2011 ».

[115] Madame Sharon Stewart Guthrie, avocate du ministère de la Justice qui faisait partie de l’équipe Mahjoub, s’est présentée à la pièce 916 le 22 août 2011 pour aider Madame Schneider à identifier certains documents. On peut résumer comme suit ce qu’elle affirme dans son affidavit au sujet des mesures qu’elle a prises relativement aux documents se trouvant dans la pièce 916 :

1. Elle a examiné les étiquettes apposées sur les boîtes qui avaient été mises de côté en vue d’être retournées à la Cour. Elle n’a pas ouvert ces boîtes.

2. Elle a examiné les étiquettes apposées sur deux ou trois boîtes de pièces placées dans des chemises. Elle a ouvert les boîtes et a [TRADUCTION] « feuilleté rapidement les chemises ». Elle a ensuite refermé les boîtes et les a laissées sur le bureau.

3. She opened three of the eight boxes containing miscellaneous documents that were stacked against the window. Inside the first, she noticed a file folder with French handwritten labels. She did not open the folder and closed the box and set it aside.

4. Upon opening the second box by the window, she noticed the first pages of publicly available reports, which she did not flip through. She closed the box and put it aside.

5. Upon opening the third box, she saw printed copies of jurisprudence that had been referred to in the proceeding by both parties. She did not flip through these. Deeper in this box she saw a copy of an email between two of the ministers' litigation team members. She then saw a single page of handwriting she did not recognize with the name "Tyndale" written on the left of the page. She attests that "she did not read anything else on the page other than the name 'Tyndale'". She states that it is at this point she believed that the notes did not belong to her team. She closed the box and put it aside.

6. She was in office 916 for approximately 10 to 15 minutes.

[116] Ms. Nimanthika Kaneira, DOJ counsel on the Mahjoub team, attests that she was called to office 916 on September 1, 2011, by Ms. Espejo-Clarke who was in the office with Ms. Doyon and an assistant on public counsel's litigation team. She was asked if she knew how documents on the desk in office 916 appearing to belong to public counsel may have ended up there. Ms. Kaneira speculated that this could be a repeat of what had occurred earlier in February when certain boxes belonging to the ministers were moved to Mr. Mahjoub's breakout room. Ms. Kaneira saw stacks of documents on the desk most of which were blue covered and bound, such as motion records. She attests that she "did not review any of the documents and apart from remembering blue covers on some of the documents; [she] did not know anything about them".

3. Elle a ouvert trois des huit boîtes contenant divers documents qui étaient empilées contre la fenêtre. À l'intérieur de la première, elle a remarqué une chemise sur laquelle des étiquettes contenant des inscriptions manuscrites en français avaient été apposées. Elle n'a pas ouvert la chemise et elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

4. Après avoir ouvert la deuxième boîte qui se trouvait près de la fenêtre, elle a remarqué que les premières pages concernaient des rapports publics qu'elle n'a pas feuilletés. Elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

5. Après avoir ouvert la troisième boîte, elle a vu des extraits de jurisprudence cités par les deux parties au cours de l'instance. Elle ne les a pas feuilletés. Au fond de la boîte, elle a vu une copie d'un courriel échangé entre deux membres de l'équipe du contentieux des ministres. Elle a ensuite vu une feuille manuscrite sur laquelle était inscrit à la main le nom « Tyndale » sur le côté gauche de la page. Elle affirme qu'« elle n'a rien vu d'autre sur cette page à part le nom "Tyndale" ». Elle explique que c'est à ce moment-là qu'elle a pensé que les notes n'appartenaient pas à son équipe. Elle a refermé la boîte et l'a mise de côté.

6. Elle a passé de 10 à 15 minutes dans la pièce 916.

[116] Madame Nimanthika Kaneira, avocate du ministère de la Justice et membre de l'équipe Mahjoub, affirme qu'elle a été convoquée au bureau 916 le 1^{er} septembre 2011 par M^{me} Espejo-Clarke, qui se trouvait dans ce bureau avec M^{me} Doyon et un adjoint de l'équipe du contentieux des avocats publics. On lui a demandé si elle savait comment les documents se trouvant sur le bureau et qui semblaient appartenir aux avocats publics avaient pu se retrouver dans la pièce 916. Madame Kaneira a spéculé qu'il pouvait s'agir d'une répétition de ce qui s'était produit plus tôt en février, alors que certaines boîtes appartenant aux ministres avaient été transportées dans la salle de travail de M. Mahjoub. Madame Kaneira a vu les piles de documents sur le bureau dont la plupart avaient une couverture en bleu et étaient reliés, et notamment des dossiers de requête. Elle affirme qu'elle n'a

[117] On August 30, 2011, Ms. Maria Teresa Martins, an administrative officer with the DOJ in Toronto, accompanied two movers to office 916 with boxes belonging to Ms. Amy Lambiris who was on maternity leave. She attests that the movers entered office 916 with Ms. Lambiris' boxes while she supervised from the doorway. They were in the office for a matter of minutes, just enough time to move the boxes into the office. She further attests that she "did not read any of the documents that were in office 916". She also attests that "she did not see the movers read any of the documents that were in office 916".

[118] Ms. Espejo-Clarke, DOJ counsel on the Mahjoub team, attests that she, along with Ms. Doyon, "briefly reviewed some of [the] materials and [she] noticed that there were also documents appearing to belong to the ministers. After a brief review of some of the documents, [in the presence of Ms. Doyon, she] realized that [they] could not sort them and should not look at any other documents".

[119] Mr. Mahjoub argues that the ministers have not rebutted the presumption that there is a real risk that his privileged materials in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue.

[120] Mr. Mahjoub points to certain gaps in the evidence adduced by the ministers. He argues that no evidence was led to establish that the door to office 916 was locked from July 20 to September 1, 2011. Consequently, it is not known who would have had access to the materials stored in the office during this period of time. It is submitted this is further complicated by the fact the evidence fails to identify all of the members of the ministers' litigation team.

[TRANSCRIPTION] « examiné aucun des documents et que, hormis le fait [qu'elle se souvenait] avoir vu les couvertures bleues de certains de ces documents, [elle] en ignorait le contenu ».

[117] Le 30 août 2011, M^{me} Maria Teresa Martins, agente d'administration du ministère de la Justice à Toronto, accompagnée de deux déménageurs, s'est rendue à la pièce 916 avec des boîtes appartenant à M^{me} Amy Lambiris, une employée du ministère de la Justice qui était en congé de maternité. Elle atteste que les déménageurs ont déposé dans la pièce 916 des boîtes appartenant à M^{me} Lambiris, et qu'elle surveillait l'opération dans l'embrasure de la porte. Ils n'ont passé que quelques minutes dans la pièce, juste le temps d'y déposer les boîtes. Elle affirme qu'elle n'a [TRANSCRIPTION] « lu aucun des documents se trouvant dans la pièce 916 » et qu'elle n'a « pas vu les déménageurs les lire ».

[118] Madame Espejo-Clarke, avocate et membre de l'équipe Mahjoub, affirme qu'avec M^{me} Doyon, elle a [TRANSCRIPTION] « examiné brièvement certains des documents et [qu'elle a] remarqué qu'il semblait qu'il y avait aussi les documents qui appartenaient aux ministres. Après un bref examen de certains des documents [en présence de M^{me} Doyon, elle] a réalisé [qu'elles] ne pouvaient les trier et [qu'elles] ne devaient pas chercher d'autres documents ».

[119] Monsieur Mahjoub soutient que les ministres n'ont pas réfuté la présomption qu'il existe un risque véritable que ses documents confidentiels se trouvant en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance se poursuit.

[120] Monsieur Mahjoub signale certaines des lacunes que comporterait la preuve présentée par les ministres. Il soutient qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que la porte de la pièce 916 était verrouillée entre le 20 juillet et le 1^{er} septembre 2011. Par conséquent, on ignore qui pouvait consulter les documents entreposés dans le bureau pendant cette période. Il ajoute que la situation se complique du fait que la preuve n'identifie pas tous les membres qui faisaient partie de l'équipe du contentieux des ministres.

[121] Mr. Mahjoub further argues that certain persons who were obviously members of the ministers' litigation team did not provide affidavit evidence, namely Ms. Krakowska, Mr. Larouche and Mr. Tyndale. No explanation is offered as to why the evidence of these members of the Mahjoub team was not adduced. It is submitted that while the affidavits filed describe only a "cursory review" of some of the privileged documents, this is insufficient to rebut the legal presumption. Further, Mr. Mahjoub maintains that the assertions by Ms. Marquis that no member of the Mahjoub team reviewed opposing counsel's materials and that CSIS and CBSA did not have access to office 916 are hearsay, and consequently, an adverse inference should be drawn. Mr. Mahjoub maintains that if no adverse inference is drawn, the evidence should not be considered or be given little weight.

[122] In sum, Mr. Mahjoub argues that we do not know if some of the documents at issue were taken out of office 916; we do not know who had access to the office, including CSIS or CBSA; we do not know who the other members of the ministers' litigation team are and what they saw in relation to the documents. Mr. Mahjoub contends that these questions remain unanswered on the record. In the result, it is submitted that there is a real risk his privileged materials in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue.

[123] For the reasons that follow, I am satisfied that the evidence adduced by the ministers establishes that the members of the Mahjoub team who accessed Mr. Mahjoub's documents performed only a cursory and superficial review of the said documents. I find that no member of the Mahjoub team reviewed the documents belonging to Mr. Mahjoub. I also find that the gaps in the ministers' evidence raised by Mr. Mahjoub are insufficient to warrant an adverse finding.

[121] Monsieur Mahjoub soutient également que certaines personnes, qui étaient de toute évidence des membres de l'équipe du contentieux des ministres, n'ont pas souscrit d'affidavits, à savoir M^{me} Krakowska, M. Larouche et M. Tyndale. Aucune explication n'a été donnée pour expliquer pourquoi le témoignage de ces membres de l'équipe Mahjoub n'avait pas été présenté. Monsieur Mahjoub affirme que, bien que les affidavits déposés ne parlent que d'un [TRADUCTION] « examen superficiel » de certains des documents confidentiels, cela ne suffit pas pour réfuter la présomption légale. M. Mahjoub soutient par ailleurs que les affirmations de M^{me} Marquis suivant lesquelles aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'avait examiné les documents des avocats de la partie adverse et que le SCRS et l'ASFC n'avaient pas eu accès à la pièce 916 constituent du oui-dire et qu'en conséquence, il y a lieu de tirer une inférence défavorable. Monsieur Mahjoub ajoute que si elle ne tire pas d'inférence défavorable, la Cour ne devrait pas tenir compte de ces éléments de preuve ou ne devrait leur accorder que peu de valeur.

[122] En somme, M. Mahjoub soutient qu'on ignore si certains des documents en cause ont été retirés de la pièce 916, qu'on ignore qui avait accès au bureau, y compris les membres du SCRS et de l'ASFC, et qu'on ignore qui sont les autres membres de l'équipe du contentieux des ministres et ce qu'ils ont vu des documents en question. Monsieur Mahjoub affirme que ces questions se posent toujours dans l'état actuel du dossier. Il soutient par conséquent qu'il existe un risque véritable que ses documents confidentiels se trouvant en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance se poursuit.

[123] Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que les éléments de preuve présentés par les ministres démontrent que les membres de l'équipe Mahjoub qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub ont procédé seulement à un examen sommaire et superficiel des documents en question. Je conclus qu'aucun des membres de l'équipe Mahjoub n'a examiné les documents appartenant à M. Mahjoub. Je conclus également que les lacunes relevées par M. Mahjoub dans la preuve des ministres ne sont pas suffisantes pour justifier une conclusion défavorable.

[124] In *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of the Environment)*, 1999 CanLII 9120, 179 F.T.R. 25 the Federal Court [then the Federal Court Trial Division] dealt with the issue of adverse inferences in similar circumstances at paragraph 47 of its reasons:

I am not prepared to draw such an inference in these circumstances. Rule 81(1) of the *Federal Court Rules, 1998* expressly permits statements of information and belief as evidence on motion. Although Ms. MacCormick did not prepare the documents in questions, as a senior official of the Privy Council Office, she is well placed to give evidence that the Privy Council Office never intended to disclose the Schedule. Moreover, there is additional evidence which strengthens the respondent's contention that the Schedule was inadvertently produced. [My emphasis.]

[125] The Federal Court of Appeal in reversing in part the trial Court's decision did not disturb its above-noted finding (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Environment)*, 2000 CanLII 15247, 187 D.L.R. (4th) 127 (F.C.A.)).

[126] In the instant case, Ms. Marquis, as Deputy Regional Director and Senior Counsel in the Toronto office of the DOJ and former counsel on the ministers' litigation team in these proceedings, is well placed to give evidence on matters relating to the within proceedings. Given her position in the Department of Justice, she is well aware of the make up of the ministers' litigation team in the underlying proceedings and familiar with counsel and personnel representing the client departments, CSIS and CBSA.

[127] Moreover, there is direct evidence from other members of the Mahjoub team corroborating Ms. Marquis' evidence. All of the members of the ministers' litigation team who did provide affidavit evidence had access to Mr. Mahjoub's documents either in the breakout rooms or in office 916 at the DOJ. Each of these affiants confirms that they did not review Mr. Mahjoub's documents. In the circumstances, I draw no adverse inference in respect to Ms. Marquis' evidence. I find her evidence persuasive and give it significant weight.

[124] Dans la décision *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 1999 CanLII 9120, la Cour fédérale [auparavant la Section de première instance de la Cour fédérale] s'est penchée sur la question des inférences défavorables dans des circonstances analogues. Voici ce qu'elle déclare au paragraphe 47 de ses motifs :

Je ne suis pas disposé à tirer pareille conclusion dans ce contexte. La règle 81(1) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* autorise expressément, dans le cadre des requêtes, l'admission en preuve des éléments d'information et des expressions de croyance personnelle. Bien que M^{me} MacCormick n'ait pas compilé elle-même les documents en question, elle est une fonctionnaire de haut rang du Bureau du Conseil privé et, à ce titre, est bien placée pour témoigner que celui-ci n'avait jamais l'intention de divulguer la Liste. Qui plus est, il y a d'autres témoignages qui viennent renforcer la prétention du défendeur qu'il a produit la Liste par inadvertance. [Non souligné dans l'original.]

[125] La Cour d'appel fédérale a infirmé en partie la décision de la Cour de première instance sans toutefois modifier sa conclusion que nous venons de citer (*Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2000 CanLII 15247 (C.A.F.)).

[126] En l'espèce, M^{me} Marquis, en tant que directrice régionale adjointe et avocate principale au bureau de Toronto du ministère de la Justice et ancienne avocate de l'équipe du contentieux des ministres dans la présente instance, est bien placée pour témoigner sur les faits de la présente instance. Compte tenu du poste qu'elle occupe au sein du ministère de la Justice, elle est bien au courant de la composition de l'équipe du contentieux des ministres dans la présente affaire et elle connaît bien les avocats et le personnel qui représentent les ministères clients, le SCRS et l'ASFC.

[127] Qui plus est, nous disposons de témoignages directs d'autres membres de l'équipe Mahjoub qui corroborent le témoignage de M^{me} Marquis. Tous les membres de l'équipe du contentieux des ministres qui ont souscrit des affidavits ont eu accès aux documents de M. Mahjoub soit dans les salles de travail, soit dans la pièce 916 du ministère de la Justice. Chacun confirme ne pas avoir pris connaissance des documents de M. Mahjoub. Dans ces conditions, je ne tire aucune inférence défavorable à l'égard du témoignage de M^{me} Marquis. J'estime que

[128] Four members of the team who also had access to the documents did not provide affidavits, namely, Ms. Krakowska, Ms. Lewicki, Ms. Rondeau and Ms. Goodyear. It would have been preferable had affidavits been adduced for each of these individuals. However, I find their failure to do so is not fatal in the circumstances. Ms. Lewicki, Ms. Rondeau and Ms. Goodyear, legal assistants, were involved in transporting the boxes from Mr. Mahjoub's breakout room on July 20 and 21, 2011, to office 916. Two other legal assistants, Ms. Dean and Ms. Krakowska, boxed the materials. The evidence shows that the boxes remained closed during transportation. Consequently, I am satisfied that these three legal assistants did not review the materials and that no prejudice to Mr. Mahjoub would result from their involvement.

[129] Ms. Krakowska attended the courtroom and breakout rooms with Ms. Dean on July 15, 2011, for the purpose of packing and retrieving the boxes from the courthouse. Ms. Dean's evidence is that Ms. Krakowska informed her she did not read any of the materials in the courtroom or the breakout rooms. Further, Ms. Marquis' evidence states that Ms. Krakowska, as one of the legal assistants who originally boxed the materials, did not review any of Mr. Mahjoub's documents.

[130] While it would have been preferable for Mr. Tyndale, Mr. Larouche and Ms. Krakowska to file affidavit evidence on this motion, I find that their failure to do so is not fatal to the ministers on this motion since I accept the evidence of Ms. Marquis that no member of the "Mahjoub team" reviewed opposing counsel's materials. In my view, since no member of the team reviewed Mr. Mahjoub's documents, it matters not that the identity of each member of the ministers' litigation team is not revealed on the record.

son témoignage est convaincant et je lui accorde une grande valeur.

[128] Parmi les membres de l'équipe qui ont également eu accès aux documents, quatre n'ont pas souscrit d'affidavits, à savoir, M^{mes} Krakowska, Lewicki, Rondeau et Goodyear. Il aurait été préférable que chacune d'entre elles souscrive un affidavit. J'estime toutefois que leur omission de le faire n'est pas fatale dans les circonstances. Mesdames Lewicki, Rondeau et Goodyear, qui étaient des assistantes juridiques, ont participé les 20 et 21 juillet 2011 au transfert des boîtes de la salle de travail de M. Mahjoub à la pièce 916. Deux autres assistantes juridiques, M^{mes} Dean et Krakowska, ont placé les documents dans des boîtes. Il ressort de la preuve que les boîtes sont demeurées fermées au cours du transport. Par conséquent, je suis convaincu que les trois assistantes juridiques en question n'ont pas pris connaissance du contenu des documents et que leur participation n'a causé aucun préjudice à M. Mahjoub.

[129] Madame Krakowska s'est présentée à la salle d'audience et aux salles de travail en compagnie de M^{me} Dean le 15 juillet 2011 en vue d'emballer et de récupérer les boîtes qui se trouvaient alors dans la salle d'audience. Madame Dean a expliqué que M^{me} Krakowska lui avait dit qu'elle n'avait pas pris connaissance du contenu des documents dans la salle d'audience ou les salles de travail. De plus, M^{me} Marquis a déclaré que M^{me} Krakowska, qui était l'une des assistantes juridiques ayant placé les documents dans des boîtes, n'avait examiné aucun des documents de M. Mahjoub.

[130] Bien qu'il eût été préférable que M. Tyndale, M. Larouche et M^{me} Krakowska souscrivent chacun un affidavit à l'appui de la présente requête, j'estime que leur défaut de le faire ne porte pas un coup fatal à la thèse des ministres dans le cadre de la présente requête, étant donné que j'accepte le témoignage de M^{me} Marquis suivant lequel aucun des membres de « l'équipe Mahjoub » n'a examiné les documents des avocats de la partie adverse. À mon avis, étant donné qu'aucun des membres de l'équipe n'a examiné les documents de M. Mahjoub, il importe peu que le dossier ne permette pas d'établir l'identité de chacun des membres de l'équipe du contentieux des ministres.

[131] Mr. Mahjoub argues that since the ministers did not establish who had access to his documents, they have failed to rebut the presumption. He maintains that evidence should have been led by all persons “with an interest in the proceeding” who had access to the unlocked office. Counsel for Mr. Mahjoub acknowledged that this would not mean that every DOJ lawyer in Canada would have to file evidence.

[132] I essentially agree with public counsel’s suggestion of the proposed pool of interested individuals. In the circumstances, I find that the relevant pool of “persons with an interest in the proceeding” who would have had access to the unlocked office 916 prior to it being sealed on September 1, 2011, consists of those individuals who were members of the Mahjoub team and representatives of the departmental clients, namely counsel for CSIS and CBSA personnel. It is my view that the ministers adduced the required evidence from those individuals.

[133] The ministers’ evidence concerning access to Mr. Mahjoub’s materials by members of the Mahjoub team has been reviewed above. On the basis of that evidence, I have determined that no member of the Mahjoub team reviewed Mr. Mahjoub’s materials. I also find, on the evidence, that counsel for CSIS and CBSA personnel did not enter office 916 at the DOJ in Toronto. It follows that they did not have access to Mr. Mahjoub’s privileged materials. In the result, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub’s fair trial rights results from office 916 remaining unlocked prior to September 1, 2011.

[134] Mr. Mahjoub raises concerns relating to the photocopying of certain documents both within and outside the DOJ, as well as concerns relating to the separation process. These concerns relate to the risk of tampering with the documents and having more people accessing Mr. Mahjoub’s privileged documents. Although it would have been preferable had no internal

[131] Monsieur Mahjoub affirme que, comme les ministres n’ont pas démontré qui avait eu accès à ses documents, les ministres n’ont pas réfuté la présomption. Monsieur Mahjoub soutient que toutes les personnes [TRADUCTION] « ayant un intérêt dans l’instance » et qui ont eu accès au bureau avant qu’il ne soit verrouillé auraient dû présenter une preuve. Les avocats de M. Mahjoub ont admis que cela ne voulait pas dire que chacun des avocats du ministère de la Justice au Canada aurait dû présenter une preuve.

[132] Je retiens pour l’essentiel l’idée avancée par les avocats publics au sujet du bassin de personnes intéressées qu’ils proposent. Dans ces conditions, j’estime que le bassin pertinent de [TRADUCTION] « personnes ayant un intérêt dans l’instance » qui auraient eu accès à la pièce 916 non verrouillée avant qu’elle ne soit scellée le 1^{er} septembre 2011 est composé des personnes qui faisaient partie de l’équipe Mahjoub ainsi que des représentants des ministères clients, à savoir les avocats du SCRS et le personnel de l’ASFC. J’estime que les ministres ont soumis la preuve nécessaire de la part de ces personnes.

[133] Les éléments de preuve présentés par les ministres au sujet de l’accès, par les membres de l’équipe Mahjoub, aux documents des ministres ont déjà été examinés. Sur le fondement de ces éléments de preuve, je suis arrivé à la conclusion qu’aucun des membres de l’équipe Mahjoub n’a examiné les documents de M. Mahjoub. Je conclus également, au vu de la preuve, que les avocats du SRCR et le personnel de l’ASFC ne sont pas entrés à l’intérieur de la pièce 916 du ministère de la Justice à Toronto. Il s’ensuit qu’ils n’ont pas eu accès aux documents confidentiels de M. Mahjoub. Je conclus donc qu’aucune atteinte n’a été portée au droit de M. Mahjoub à un procès équitable du fait que la pièce 916 n’était pas verrouillée avant le 1^{er} septembre 2011.

[134] Monsieur Mahjoub exprime des réserves au sujet de la photocopie de certains documents tant dans les bureaux du ministère de la Justice qu’à l’extérieur et il exprime aussi des réserves au sujet du processus de séparation. Il s’inquiète du risque de manipulation des documents et du fait que d’autres personnes auraient pu avoir accès à ses documents confidentiels. Bien qu’il eût

or outside copying of documents occurred, the evidence shows that the outside service used to copy a limited number of the larger documents was a bonded service that had been used by the DOJ on prior occasions. The evidence also establishes that the legal assistant responsible for internal copying of documents, Ms. Schneider, was tasked to ensure that sufficient copies of certain exhibits were made for the court proceeding as directed by counsel. Ms. Schneider is identified as a member of the ministers' litigation team and her evidence is that she did not conduct a review of the documents. In the circumstances, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub flows from the copying of his documents.

[135] Further, I find that the proceeding mandated by the October 4, 2011 Court order, led by Prothonotary Aalto, was meticulously carried out and did not, in any way, further contribute to any prejudice the taking of the documents may have caused. To be clear, on the evidence, I find that no prejudice to Mr. Mahjoub results from the separation process conducted by Prothonotary Aalto pursuant to the October 4, 2011 Court order.

[136] On the basis of the evidence adduced, I find that the ministers have rebutted the presumption of prejudice. A reasonably informed person would be satisfied, in the circumstances, that there is no real risk that Mr. Mahjoub's privileged materials which were in the possession of the ministers will be used to his prejudice should the proceeding continue. The fairness of the trial is not in question.

(4) Does the conduct of the ministers connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process? If so, what is the appropriate remedy?

été préférable qu'aucune photocopie interne ou externe des documents ne soit effectuée, la preuve démontre que l'entreprise extérieure à laquelle on a recouru pour faire photocopier un nombre limité de documents plus volumineux était une entreprise cautionnée dont le ministère de la Justice avait déjà utilisé les services. La preuve établit également que l'assistante juridique qui s'est occupée de photocopier les documents à l'interne, M^{me} Schneider, avait reçu comme directives de s'assurer qu'un nombre suffisant de copies de certaines pièces soit fait pour le procès, conformément aux directives des avocats. Madame Schneider fait partie de l'équipe du contentieux des ministres et elle a expliqué dans son témoignage qu'elle n'avait pas examiné les documents. Dans ces conditions, j'estime qu'aucun préjudice n'a été causé à M. Mahjoub en raison de la photocopie de ses documents.

[135] J'estime en outre que la procédure prescrite aux termes de l'ordonnance de la Cour du 4 octobre 2011 a été méticuleusement suivie par le protonotaire Aalto et que cette procédure n'a aucunement contribué à aggraver le préjudice que la prise de possession des documents aurait pu causer. Pour être clair, j'estime, vu l'ensemble de la preuve, qu'aucun préjudice n'a été causé à M. Mahjoub en raison du processus de séparation suivi par le protonotaire Aalto conformément à l'ordonnance judiciaire du 4 octobre 2011.

[136] Je conclus, sur le fondement de l'ensemble de la preuve produite, que les ministres ont réfuté la présomption de préjudice. Une personne raisonnablement informée serait convaincue, dans les circonstances, qu'il n'y a aucun risque véritable que les documents confidentiels de M. Mahjoub qui se sont retrouvés en la possession des ministres soient utilisés à son détriment si l'instance devait se poursuivre. L'équité du procès n'est pas en cause.

(4) La conduite des ministres traduit-elle un comportement inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de porter ainsi atteinte à l'intégrité du processus judiciaire? Dans l'affirmative, quelle est la réparation appropriée?

[137] Having determined that the ministers have rebutted the presumption of risk to Mr. Mahjoub's fair trial rights if the proceedings continue, I now turn to Mr. Mahjoub's abuse of process argument. He argues that since solicitor-client privilege is central to the administration of justice, and that the ministers had possession of his privileged information, continuing the proceeding would bring the administration of justice into disrepute. Consequently, Mr. Mahjoub contends that the Court should grant a permanent stay of proceedings on the basis of an abuse of process that falls within the residual category.

[138] Mr. Mahjoub argues that since the underlying purpose for the residual category of abuse of process, the long term, forward-looking societal interest in maintaining confidence in the justice system, is the same as that addressed by subsection 24(2) of the Charter, the Court should adopt the test used in subsection 24(2) cases. In *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, the Supreme Court set out the applicable test in such cases at paragraph 71 of its decision:

A review of the authorities suggests that whether the admission of evidence obtained in breach of the *Charter* would bring the administration of justice into disrepute engages three avenues of inquiry, each rooted in the public interests engaged by s. 24(2), viewed in a long-term, forward-looking and societal perspective. When faced with an application for exclusion under s. 24(2), a court must assess and balance the effect of admitting the evidence on society's confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct (admission may send the message the justice system condones serious state misconduct), (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused (admission may send the message that individual rights count for little), and (3) society's interest in the adjudication of the case on its merits. The court's role on a s. 24(2) application is to balance the assessments under each of these lines of inquiry to determine whether, considering all the circumstances, admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. These concerns, while not precisely tracking the categories of considerations set out in *Collins*, capture the factors relevant to the s. 24(2) determination as enunciated in *Collins* and subsequent jurisprudence.

[137] Après avoir conclu que les ministres ont réfuté la présomption que le droit de M. Mahjoub à un procès équitable serait compromis si l'instance devait se poursuivre, je passe maintenant à l'argument formulé par M. Mahjoub au sujet de l'abus de procédure. Monsieur Mahjoub soutient que, comme le secret professionnel de l'avocat constitue un élément clé de l'administration de la justice et que les ministres avaient en leur possession des renseignements confidentiels le concernant, la poursuite de l'instance aurait pour effet de ternir l'image de l'administration de la justice. En conséquence, M. Mahjoub affirme que la Cour devrait suspendre définitivement les procédures pour cause d'abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle.

[138] Monsieur Mahjoub affirme que, comme l'objectif sous-jacent de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure, c'est-à-dire l'intérêt public à long terme considéré dans une perspective sociétale prospective consistant à assurer la confiance de la société envers le système de justice, est le même que celui que vise le paragraphe 24(2) de la Charte, la Cour devrait adopter le critère utilisé dans les affaires relatives au paragraphe 24(2) de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, la Cour suprême a énoncé le critère applicable en pareil cas au paragraphe 71 de sa décision :

Il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'il faut, pour déterminer si l'utilisation d'un élément de preuve obtenue en violation de la *Charte* déconsidérerait l'administration de la justice, examiner trois questions tirant chacune leur origine des intérêts publics sous-jacents au par. 24(2), considérés à long terme dans une perspective sociétale prospective. Ainsi, le tribunal saisi d'une demande d'exclusion fondée sur le par. 24(2) doit évaluer et mettre en balance l'effet que l'utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l'État (l'utilisation peut donner à penser que le système de justice tolère l'inconduite grave de la part de l'État), (2) l'incidence de la violation sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* (l'utilisation peut donner à penser que les droits individuels ont peu de poids) et (3) l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Le rôle du tribunal appelé à trancher une demande fondée sur le par. 24(2) consiste à procéder à une mise en balance de chacune de ces questions pour déterminer si, eu égard aux circonstances, l'utilisation d'éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien qu'elles ne recourent pas exactement les

[139] In my view, adopting the test as laid out in *Grant*, above, is unnecessary in this instance. In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, the Supreme Court has recently provided guidance on how the courts are to deal with cases that fall within the residual category of an abuse of process. At paragraphs 41–42 of its decision the Court wrote:

Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases, the accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfill its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis in original [added by Charron J.]; p. 1667.]

The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, is that set out in *Canada (Minister of Citizenship &*

catégories élaborées dans *Collins*, ces questions visent les facteurs pertinents pour trancher une demande fondée sur le par. 24(2), tels qu'ils ont été formulés dans *Collins* et dans la jurisprudence subséquente.

[139] À mon avis, il n'est pas nécessaire d'adopter en l'espèce le critère posé dans l'arrêt *Grant*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour suprême a récemment donné quelques indications au sujet de la façon dont les tribunaux devaient traiter des cas relevant de la catégorie résiduelle de l'abus de procédure. Aux paragraphes 41 et 42 de sa décision, la Cour a écrit :

Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente, mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas :

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne [souligné par le juge Charron]; p. 1667.]

Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus de procédure, peu importe qu'il y ait eu ou non atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, est celui

Immigration) v. *Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. A stay of proceedings will only be appropriate when: “(1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice” (*Regan*, at para. 54, citing *O’Connor*, at para. 75).

[141] At issue is whether the circumstances of the taking and co-mingling of the documents has undermined society’s expectations of fairness in the administration of justice to the point that “the carrying forward of the prosecution will offend society’s sense of justice” (*Tobiass*, above, at paragraph 91).

[142] Mr. Mahjoub essentially argues that the ministers’ conduct in this instance is unfair and affects the integrity of the administration of justice so as to undermine the integrity of the judicial process. He points to the following events in support of his argument:

- a. the ministers seized his privileged materials;
- b. the ministers co-mingled his documents with theirs;
- c. the ministers failed to act on the July 15, 2011 email sent to their team indicating that all documents were in a single breakout room;
- d. the ministers did not seal the eight boxes of miscellaneous documents once it was believed that some of the documents may belong to him;
- e. the ministers did not initially inform him about the photocopying of some of his documents;
- f. the ministers did not initially inform him about movers entering office 916 with boxes belonging to Amy Lambiris.

[143] The circumstances that led to the taking and co-mingling of Mr. Mahjoub’s documents have been

qui a été exposé dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il ne conviendra d’ordonner la suspension de l’instance que lorsque les deux critères suivants seront remplis : « (1) le préjudice causé par l’abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice » (*Regan*, par. 54, citant *O’Connor*, par. 75).

[141] La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si les circonstances dans lesquelles les documents ont été saisis et amalgamés ont eu pour effet de miner les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice au point où « la poursuite des procédures choquera le sens de la justice de la société » (*Tobiass*, précité, au paragraphe 91).

[142] Monsieur Mahjoub soutient essentiellement que la conduite des ministres en l’espèce est injuste et qu’elle porte atteinte à l’intégrité de l’administration de la justice au point de miner l’intégrité du processus judiciaire. Il cite les faits suivants à l’appui de son argument :

- a. les ministres ont saisi ses documents confidentiels;
- b. les ministres ont amalgamé ses documents avec les leurs;
- c. les ministres n’ont pas donné suite au courriel du 15 juillet 2011 qui avait été adressé à leur équipe pour les informer que tous les documents se trouvaient dans une seule salle de travail;
- d. les ministres n’ont pas scellé les huit boîtes de documents divers après avoir appris que certains de ces documents pouvaient appartenir à M. Mahjoub;
- e. les ministres ne l’ont pas informé dès le départ du fait que certains de ses documents avaient été photocopiés;
- f. les ministres ne l’ont pas informé dès le départ du fait que des déménageurs étaient entrés dans la pièce 916 avec des boîtes appartenant à Amy Lambiris.

[143] Les circonstances qui ont conduit à la saisie et à l’amalgame des documents de M. Mahjoub ont déjà

canvassed earlier in these reasons. Based on the evidentiary record, I have found that the conduct of the ministers, although negligent, was unintentional and does not affect the fairness of the underlying proceeding.

[144] As the Supreme Court stated in *Nixon*, above, prejudice as it is understood under the residual category of cases concerns conduct that undermines society's expectations of fairness in the administration of justice. The privileges in play on this motion, in particular, confidences shared between solicitor and client, are central to the administration of justice in an adversarial system. The public has an interest in maintaining the integrity of the solicitor-client relationship. The physical possession of privileged documents by the opposing party is a serious matter that in some circumstances could have a devastating long-term impact on societal confidence in the administration of justice. Notwithstanding my determination that the ministers' conduct did not impact on the fairness of the proceeding or prejudice Mr. Mahjoub, the appearance of fairness in the judicial process is of utmost importance. In my view, the circumstances here lead me to conclude the appearance of fairness has been compromised. Consequently, I find there to be an abuse of process in the residual category.

[145] I am of the view that a remedy is warranted to ensure that the ministers' conduct does not undermine society's expectation in the administration of justice. In the circumstances, this is not the clearest of cases that would warrant a permanent stay of proceedings. Rather, a lesser remedy, to be discussed below, is available to ensure that any affront to the appearance of fairness will not be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the proceedings or by their outcome.

[146] As found by the Supreme Court in *Nixon*, above, an essential balancing exercise is required where an abuse of process is found in the residual category of cases. This balancing exercise involves weighing the

été analysées dans les présents motifs. Compte tenu du dossier de la preuve, je suis parvenu à la conclusion que, bien que négligente, la conduite des ministres n'était pas intentionnelle et qu'elle n'a pas entaché l'équité de la procédure sous-jacente.

[144] Ainsi que la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Nixon*, précité, le préjudice tel qu'on le conçoit dans la catégorie résiduelle de cas s'entend d'actes qui minent les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les privilèges en jeu dans la présente requête, en particulier les communications confidentielles échangées entre les avocats et le client, constituent un aspect central de l'administration de la justice dans un système fondé sur le principe du débat contradictoire. Le public a un intérêt à ce que l'intégrité des relations avocat-client soit maintenue. La possession physique de documents confidentiels par la partie adverse est une question grave, qui, dans certaines circonstances, pourrait avoir des effets dévastateurs à long terme sur la confiance de la société envers l'administration de la justice. Malgré ma conclusion que la conduite des ministres n'a pas eu d'incidence sur l'équité de la procédure et qu'elle n'a pas causé de préjudice à M. Mahjoub, l'apparence d'équité du processus judiciaire revêt une importance capitale. À mon avis, les circonstances de l'espèce m'amènent à conclure que l'apparence d'équité a été compromise. En conséquence, j'estime qu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle a été commis en l'espèce.

[145] À mon avis, il convient d'accorder une réparation pour faire en sorte que la conduite des ministres ne mine pas les attentes de la société envers l'administration de la justice. Nous n'avons pas affaire à une situation claire qui justifierait une suspension permanente des procédures. Une réparation moindre, sur laquelle nous reviendrons plus loin, peut être accordée en l'espèce pour faire en sorte que toute atteinte à l'apparence d'équité ne sera pas manifestée, perpétuée ou aggravée lors du déroulement de l'instance ou en raison de l'issue de la demande.

[146] Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a jugé dans l'arrêt *Nixon*, précité, il est essentiel de chercher à atteindre un équilibre lorsqu'un abus de procédure relevant de la catégorie résiduelle de cas est commis.

interests that would be served in granting a stay of proceedings against society's interest in having a final decision on the merits. In balancing these interests, I have considered the following factors, namely: the particulars of the case and the nature of the proceedings, Mr. Mahjoub's circumstances, the seriousness of the ministers' conduct and its impact on the integrity of the administration of justice, and society's interest in the adjudication of the case on its merits. For the most part, these factors have been canvassed earlier in these reasons. There is an important societal interest in having such cases decided on the merits, both for the named individual who seeks to have his or her name cleared and for the ministers who are obligated to protect Canada's national security (*O'Connor*, above, at paragraph 81; *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 482; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1243, 224 C.R.R. (2d) 167, revd on other grounds 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635).

[147] Upon considering the record in this instance, I find that the affront to fair play and decency caused by the ministers' taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's privileged documents is not disproportionate to the societal interest of having the underlying proceeding continue and be ultimately decided on the merits.

[148] In the circumstances, in order to dispel any lingering perception that counsel for the ministers may have reviewed privileged materials belonging to Mr. Mahjoub and ensure that public confidence in the system of justice is maintained, I will consider permanently removing from the file certain members of the Mahjoub team. In doing so, I am guided by the six non-exhaustive factors to be considered in determining whether solicitors should be removed suggested by the Supreme Court in *Celanese*, above, and set out at paragraph 81 above. I will briefly review each of these factors.

[149] As to the first factor, I have reviewed in significant detail the ministers' taking and co-mingling of Mr. Mahjoub's documents earlier in these reasons.

Pour ce faire, il faut sopeser les intérêts que servirait la suspension des procédures et l'intérêt que représente pour la société un jugement définitif statuant sur le fond. Pour sopeser ces intérêts, j'ai tenu compte des facteurs suivants, en l'occurrence, les faits de l'espèce et la nature de l'instance, la situation de M. Mahjoub, la gravité de la conduite du ministre et ses incidences sur l'intégrité de l'administration de la justice, ainsi que l'intérêt que représente pour la société le prononcé d'un jugement définitif sur le fond. Pour l'essentiel, ces facteurs ont déjà été analysés dans les présents motifs. Il est d'un intérêt primordial pour la société que ces affaires soient tranchées sur le fond, tant pour la personne qui cherche à défendre sa réputation que pour les ministres, qui ont l'obligation de protéger la sécurité nationale du Canada (arrêt *O'Connor*, précité, au paragraphe 81; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 482; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1243, décision infirmée pour d'autres motifs à 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635).

[147] Après avoir examiné le dossier en l'espèce, je conclus que l'atteinte au franc jeu et à la décence causée par la saisie et par l'amalgame, par les ministres, des documents confidentiels de M. Mahjoub, n'est pas disproportionnée par rapport à l'intérêt de la société de faire en sorte que l'instance sous-jacente se poursuive et qu'une décision définitive soit rendue sur le fond.

[148] Dans ces conditions, pour écarter toute perception qui pourrait subsister et qui donnerait à penser que les avocats des ministres ont pris connaissance des documents confidentiels appartenant à M. Mahjoub et pour s'assurer de préserver la confiance du public dans le système de justice, je vais examiner la possibilité de retirer de façon permanente du dossier certains des membres de l'équipe Mahjoub. Pour ce faire, je m'inspire des six facteurs non exhaustifs dont il faut tenir compte pour déterminer dans quel cas il convient d'ordonner à des avocats de cesser d'occuper. Ces facteurs ont été proposés par la Cour suprême dans l'arrêt *Celanese*, et ont déjà été énoncés au paragraphe 81 des présents motifs. Je vais les examiner brièvement à tour de rôle.

[149] En ce qui concerne le premier facteur, j'ai déjà examiné dans les présents motifs en détail la manière dont les ministres s'étaient emparés des documents de

Suffice it to say that the documents came into the ministers' possession as a result of an unintentional and negligent mistake by members of the Mahjoub team.

[150] As to the second factor, upon recognizing that they were in possession of some of Mr. Mahjoub's documents, the ministers set aside eight boxes of miscellaneous documents believed to contain some of Mr. Mahjoub's materials. The ministers labeled these boxes "To be reviewed by Public counsel". However, office 916 was not sealed at this point. As the ministers subsequently discovered on September 1, 2011, documents belonging to Mr. Mahjoub, other than those in the eight boxes, were also found in office 916.

[151] As to the third factor, my findings on the extent of the review of the privileged material are canvassed earlier in these reasons. While I have determined that the members of the Mahjoub team did not conduct a review of the materials, certain members of the team nevertheless had access to and handled the materials. Ms. Schneider, tasked with organizing the materials, spent over a week sorting documents. Other members of the Mahjoub team, including Ms. Stewart Guthrie, Mr. Engel, Ms. Dean and Ms. Espejo-Clarke, also handled, looked at and/or flipped through materials that belonged to Mr. Mahjoub, which likely included privileged documents.

[152] With respect to the fourth factor, I am satisfied, based on the Report of Prothonotary Aalto, that prejudicial privileged materials belonging to Mr. Mahjoub were in the possession of the ministers.

[153] As to the fifth factor, there remained only four witnesses to be called by Mr. Mahjoub when the taking of the documents occurred. Since lead counsel would remain on the file, there is less concern should certain counsel on the Mahjoub team be removed permanently at this late stage of the proceedings.

M. Mahjoub et les avaient amalgamés. Qu'il suffise de dire que les ministres sont entrés en possession des documents par suite d'une erreur involontaire commise par négligence par des membres de l'équipe Mahjoub.

[150] En ce qui concerne le second facteur, après avoir reconnu qu'ils avaient en leur possession certains des documents de M. Mahjoub, les ministres ont mis à part huit boîtes contenant des documents divers dont on croyait que certaines contenaient des documents appartenant à M. Mahjoub. Les ministres ont apposé l'étiquette suivante sur ces boîtes [TRADUCTION] « À examiner par les avocats publics ». Toutefois, la pièce 916 n'a pas été scellée tout de suite. Comme les ministres l'ont par la suite découvert le 1^{er} septembre 2011, des documents appartenant à M. Mahjoub en plus de ceux se trouvant dans les huit boîtes en question ont également été trouvés dans la pièce 916.

[151] En ce qui concerne le troisième facteur, j'ai déjà tiré dans les présents motifs des conclusions au sujet de la mesure dans laquelle les documents privilégiés avaient été examinés. Bien que j'aie conclu que les membres de l'équipe Mahjoub n'ont pas pris connaissance des documents, certains membres de cette équipe avaient néanmoins accès à ces documents et les ont manipulés. Madame Schneider, qui était chargée de classer les documents, a passé plus d'une semaine à les trier. D'autres membres de l'équipe Mahjoub, y compris M^{me} Stewart Guthrie, M. Engel, M^{me} Dean et M^{me} Espejo-Clarke, ont également manipulé, examiné et/ou feuilleté des documents qui appartenaient à M. Mahjoub et au nombre desquels se trouvaient probablement des documents confidentiels.

[152] En ce qui concerne le quatrième facteur, je suis convaincu, sur la foi du rapport du protonotaire Aalto, que les ministres avaient en leur possession des documents confidentiels appartenant à M. Mahjoub préjudiciables à ce dernier.

[153] En ce qui concerne le cinquième facteur, il ne restait que quatre témoins devant être appelés à comparaître pour le compte de M. Mahjoub lorsque les documents ont été pris. Comme l'avocat principal continuerait à être inscrit au dossier, il y a peu de raisons de craindre que certains des avocats de l'équipe Mahjoub

[154] As to the sixth factor, I have already determined that the ethical walls put in place and precautionary measures taken by the ministers were appropriate and effective from the time they were implemented. No such measures were in place from July 20, 2011, until September 1, 2011.

[155] Upon considering the above factors, in the interest of ensuring public confidence in the administration of justice, I will order that the following members of the Mahjoub team who accessed Mr. Mahjoub's documents be removed permanently from the file and be barred from having access to any of the materials or information relating to the file. Further, they will be ordered not to discuss any information relating to the file with anyone or communicate such information to anyone:

1. Ms. Stewart Guthrie;
2. Ms. Krakowska;
3. Ms. Rondeau;
4. Ms. Goodyear;
5. Ms. Lewicki;
6. Ms. Schneider;
7. Ms. Kaneira;
8. Ms. Martins;
9. Mr. Engel;
10. Ms. Dean; and
11. Ms. Espejo-Clarke.

[156] In my view, permanently removing these members of the Mahjoub team constitutes a lesser remedy that is reasonably capable of removing the prejudice found to arise by reason of the abuse of process in the

soient forcés de se retirer de façon permanente à cette étape tardive de l'instance.

[154] Quant au sixième facteur, j'ai déjà conclu que les murs éthiques qui ont été érigés ainsi que les mesures de précaution prises par les ministres étaient appropriés et efficaces dès qu'ils ont été mis en place. Aucune mesure de ce genre n'existait entre le 20 juillet 2011 et le 1^{er} septembre 2011.

[155] Après examen des facteurs susmentionnés, je vais ordonner, pour assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, que les membres suivants de l'équipe Mahjoub qui ont eu accès aux documents de M. Mahjoub se retirent de façon permanente du dossier et qu'il leur soit interdit d'avoir accès aux documents ou renseignements se rapportant au dossier. Il leur sera par ailleurs interdit de discuter de tout renseignement concernant le dossier avec qui que ce soit ou de communiquer de tels renseignements à qui que ce soit :

1. M^{me} Stewart Guthrie;
2. M^{me} Krakowska;
3. M^{me} Rondeau;
4. M^{me} Goodyear;
5. M^{me} Lewicki;
6. M^{me} Schneider;
7. M^{me} Kaneira;
8. M^{me} Martins;
9. M. Engel;
10. M^{me} Dean;
11. M^{me} Espejo-Clarke.

[156] À mon avis, ordonner à ces personnes de l'équipe Mahjoub de se retirer du dossier constitue une réparation moindre qui est raisonnablement susceptible d'éviter le préjudice dont l'existence a été constatée en

residual category. A person reasonably informed of the totality of the circumstances would be satisfied that the proceedings could continue without a loss of confidence in the integrity of the administration of justice.

SECTION 8 CHARTER VIOLATION

[157] In the circumstances, I am satisfied that the taking by the ministers of Mr. Mahjoub's documents constitutes a "seizure" under section 8 of the Charter.

[158] The impact of the seizure of Mr. Mahjoub's documents by the ministers has been canvassed in the above reasons. In the result, I have determined that the permanent stay of proceedings sought by Mr. Mahjoub is not appropriate in the circumstances. As discussed above a lesser remedy was available and will be provided. Nonetheless, I am of the view that it will be appropriate for the Court to consider the violation of Mr. Mahjoub's section 8 Charter rights and the significant delay caused thereby as factors in Mr. Mahjoub's underlying motion for abuse of process.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Mahjoub's motion is granted in part.
2. The following members of the ministers' litigation team are permanently removed from the file, barred from working on the proceedings or having access to any of the materials or information relating to the file, and ordered not to discuss any information relating to the file with anyone or communicate such information to anyone:
 1. Ms. Stewart Guthrie;
 2. Ms. Krakowska;

raison de l'abus de procédure commis en l'espèce et qui relève de la catégorie résiduelle. Une personne raisonnable informée de l'ensemble des circonstances serait convaincue que l'instance peut se poursuivre sans perte de confiance à l'égard de l'intégrité de l'administration de la justice.

VIOLATION DE L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE

[157] Dans ces conditions, je suis convaincu qu'en s'emparant des documents de M. Mahjoub, les ministres ont procédé à une « saisie » au sens de l'article 8 de la Charte.

[158] J'ai déjà examiné dans les présents motifs les répercussions de la saisie des documents de M. Mahjoub par les ministres. Ainsi, je suis arrivé à la conclusion que la suspension permanente des procédures réclamée par M. Mahjoub n'est pas appropriée dans les circonstances. Comme je l'ai déjà expliqué, il est possible en l'espèce d'accorder une réparation moindre et c'est ce qui sera fait. Je suis néanmoins d'avis qu'il conviendrait que la Cour se penche sur la question de la violation des droits garantis à M. Mahjoub par l'article 8 de la Charte et sur les retards importants occasionnés par cette violation comme facteurs invoqués au soutien de la requête en abus de procédure de M. Mahjoub.

ORDONNANCE

LA COUR :

1. ACCUEILLE en partie la requête de M. Mahjoub;
2. ORDONNE aux membres suivants de l'équipe du contentieux des ministres de se retirer de façon permanente du dossier, leur INTERDIT de consulter quelque document ou renseignement que ce soit se rapportant au dossier ou de discuter de tout renseignement concernant le dossier avec qui que ce soit ou de communiquer de tels renseignements à qui que ce soit :
 1. M^{me} Stewart Guthrie;
 2. M^{me} Krakowska;

3. Ms. Rondeau;

4. Ms. Goodyear;

5. Ms. Lewicki;

6. Ms. Schneider;

7. Ms. Kaneira;

8. Ms. Martins;

9. Mr. Engel;

10. Ms. Dean; and

11. Ms. Espejo-Clarke.

3. All other relief sought on the motion is denied.

3. M^{me} Rondeau;

4. M^{me} Goodyear;

5. M^{me} Lewicki;

6. M^{me} Schneider;

7. M^{me} Kaneira;

8. M^{me} Martins;

9. M. Engel;

10. M^{me} Dean;

11. M^{me} Espejo-Clarke.

3. REFUSE d'accorder les autres réparations sollicitées dans la requête.