

DES-2-06
2007 FC 463

DES-2-06
2007 CF 463

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Mohammad Momin Khawaja (*Respondent*)

Mohammad Momin Khawaja (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. KHAWAJA (F.C.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. KHAWAJA (C.F.)

Federal Court, Lutfy C.J.—Ottawa, April 4 and 19; April 30, 2007.

Cour fédérale, juge en chef Lutfy—Ottawa, 4 et 19 avril; 30 avril 2007.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security — Motion challenging constitutional validity of Canada Evidence Act (Act), s. 38.11(2) on basis infringing respondent's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 2(b), 7, 11(d) — Under s. 38 Attorney General has right to make representations to Federal Court ex parte — S. 38 proceeding (main proceeding), arising in context of terrorism-related criminal prosecution against respondent in Ontario Superior Court of Justice — Respondent's liberty interests, rights to fundamental justice engaged — Right to fundamental justice overlapping right to fair, public hearing under Charter, s. 11(d) — Charter, s. 7 only requiring fair process having regard to nature of proceedings, interest at stake — In national security context, due process is threshold even though protection thereof may not be as complete in case not involving national security — Right to know case to be met not absolute — To satisfy Charter, s. 7 right, person must be given necessary information or substantial substitute for information must be found — Substantial substitutes provided for, procedural protections in Act, s. 38 establishing that process not "fundamentally unfair" — Therefore, not infringing Charter — Motion dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Requête contestant la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada (la Loi) au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui sont garantis au défendeur par les art. 2b), 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) — Le procureur général peut, suivant l'art. 38, présenter des observations ex parte à la Cour fédérale — Le recours prévu par l'art. 38 (le recours principal) découle d'une poursuite pénale en lien avec le terrorisme engagée contre le défendeur devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario — Le droit à la liberté et le droit au respect des principes de justice fondamentale du défendeur étaient en jeu — Le droit au respect des principes de justice fondamentale chevauche le droit à un procès public et équitable garanti par l'art. 11d) de la Charte — L'art. 7 de la Charte n'exige qu'une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause — Il se peut que l'application régulière de la loi ne soit pas aussi stricte lorsque la sécurité nationale est en jeu, mais elle est néanmoins incontournable — Le droit de l'accusé de connaître la thèse avancée contre lui n'est pas absolu — Aux termes de l'art. 7 de la Charte, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer sensiblement équivalente — Vu les mesures de rechange et les mesures procédurales de protection solides que prévoit l'art. 38 de la Loi, la procédure n'est pas « fondamentalement inéquitable » — Il n'y avait donc pas atteinte à la Charte — Requête rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Motion challenging constitutional validity of Canada Evidence Act (Act), s. 38.11(2) on basis infringing respondent's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 2(b), 7, 11(d) — Although Act, s. 38.11(2) ex parte process infringing freedom of media, open-court principle enshrined in Charter, s. 2(b), infringement saved under Charter, s. 1 since Supreme Court of Canada in Ruby v. Canada (Solicitor General) affirming validity of statutory requirement that government submissions concerning secret information can be received ex parte.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Requête contestant la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada (la Loi) au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui sont garantis au défendeur par les art. 2b), 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) — Bien que la procédure ex parte prévue à l'art. 38.11(2) de la Loi porte atteinte à la liberté d'expression et au principe du procès public que consacre l'art. 2b) de la Charte, l'atteinte se justifie au sens de l'article premier de la Charte parce que la Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt Ruby c.

Evidence — Motion challenging constitutional validity of Canada Evidence Act (Act), s. 38.11(2) on basis infringing respondent's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 2(b), 7, 11(d) — National security considerations can limit extent of disclosure of information to affected individual — Where national security context making it impossible to adhere to principles of fundamental justice, adequate substitutes may be found — S. 38 proceedings engaging analysis of national security considerations, providing substantial substitutes to accommodate competing interest of fundamental justice — Federal Court's ability to appoint amicus curiae as may be necessary adequately answering respondent's concerns appointment thereof not explicit in Act, s. 38.

This was a motion challenging the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* (Act). Under section 38 and following (collectively "section 38"), the Attorney General of Canada has the right to make representations to a judge of the Federal Court in the absence of the party seeking the disclosure of secret information. The section 38 proceeding (main proceeding) arose in the context of a terrorism-related criminal prosecution against the respondent in the Ontario Superior Court of Justice. If the respondent is convicted, he faces the possibility of a substantial penitentiary sentence. The issues were whether the Attorney General of Canada's right to make *ex parte* representations under section 38, where the party seeking access to secret information is an accused facing serious criminal charges, offends the principles of fundamental justice (*Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), section 2), the right to a fair and public hearing (Charter, section 7) and the open-court principle (Charter, section 11), and if so, whether such infringements are justified under Charter, section 1.

Held, the motion should be dismissed.

The respondent's liberty interests, protected under section 7 of the Charter, were engaged. Also engaged were his rights to fundamental justice, namely his right to a fair trial, to disclosure and to make full answer and defence, as these rights relate to the underlying criminal proceeding. In this case, the

Canada (Solliciteur général), la validité des dispositions imposant l'audition ex parte, sur demande, des arguments concernant les renseignements confidentiels de l'institution gouvernementale concernée.

Preuve — Requête contestant la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada (la Loi) au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui sont garantis au défendeur par les art. 2b), 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés (la Charte) — Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la communication de renseignements à l'intéressé — Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels assurant le respect des principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables — Le recours prévu par l'art. 38 donne lieu à l'analyse des considérations relatives à la sécurité nationale et l'art. 38 prévoit d'autres façons d'informer l'intéressé pour l'essentiel de façon à ce que soient mis en balance les intérêts divergents en matière de justice fondamentale — Le droit de la Cour fédérale de désigner un ami de la cour, si besoin est, répond suffisamment à la préoccupation du défendeur selon laquelle l'art. 38 de la Loi ne prévoyait pas explicitement la désignation d'un ami de la cour.

Il s'agissait d'une requête contestant la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (la Loi). En vertu des articles 38 et suivants (collectivement, l'« article 38 »), le procureur général du Canada a le droit de présenter des observations au juge de la Cour fédérale en l'absence de la partie qui demande la communication de renseignements secrets. Le recours prévu par l'article 38 (le recours principal) découle d'une poursuite pénale en lien avec le terrorisme engagée contre le défendeur devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Si le défendeur est déclaré coupable, il serait exposé à de longues peines d'emprisonnement. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si le droit du procureur général du Canada de présenter des observations *ex parte* en application de l'article 38, où la partie demandant l'accès à des renseignements secrets est inculpée de graves infractions au pénal, porte atteinte aux principes de justice fondamentale (article 2 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte)), au droit à un procès public et équitable (article 7 de la Charte) et au principe de l'audience publique (article 11 de la Charte) et, si oui, si ces atteintes peuvent se justifier au sens de l'article premier de la Charte.

Jugement : la requête doit être rejetée.

Le droit à la liberté du défendeur, qui lui est garanti par l'article 7 de la Charte, était en jeu. Le droit du défendeur au respect des principes de justice fondamentale était aussi en jeu, notamment son droit à un procès équitable, son droit à la communication de renseignements et son droit à une défense

respondent's right to fundamental justice overlaps with his right to a fair and public hearing under paragraph 11(d) of the Charter. Therefore, section 7 and paragraph 11(d) of the Charter were considered together since a finding that one provision has been infringed would necessarily involve a finding that the other has been infringed.

Section 7 of the Charter only requires a fair process having regard to the nature of the proceedings and interests at stake. The main question is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is "fundamentally unfair" to the affected person. In the national security context, although the protection of due process may not be as complete as in a case where national security does not operate, due process is nonetheless the bottom line. Section 7 does not however permit a free-standing inquiry into whether a legislative measure "strikes the right balance" between individual and societal interests as this would risk collapsing the section 1 analysis into section 7. The right to know the case to be met is not absolute. In order to satisfy section 7, either the person must be given the necessary information or a substantial substitute for that information must be found. National security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. Where the national security context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. Substitute measures can include subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal. An analysis of national security considerations is inherently engaged in section 38 proceedings, which provides a number of substantial substitutes to accommodate the competing interests of fundamental justice (for example, subsection 38.03 authorizes the Attorney General of Canada to disclose all or part of the information at any time; subsection 38.06(2) authorizes the judge to consider the conditions of disclosure most likely to limit injury to national security).

Subsection 38.11(2), the impugned provision, affords the party seeking disclosure of the secret information the right to request the opportunity to make representations in the absence of any other party, including the Attorney General of Canada, who can do so without leave of the Court. Section 38 also

pleine et entière, puisque ces droits ont trait à l'instance pénale sous-jacente. En l'espèce, le droit du défendeur au respect des principes de justice fondamentale chevauche son droit à un procès public et équitable garanti par l'alinéa 11d) de la Charte. L'article 7 et l'alinéa 11d) ont donc été examinés ensemble parce que si on conclut que l'une de ces dispositions a été violée, il faudrait conclure que l'autre disposition a aussi été violée.

L'article 7 de la Charte n'exige qu'une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause. La question en litige principale est celle de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il s'agissait de savoir si la procédure était « fondamentalement inéquitable » envers la personne touchée. Il se peut que l'application régulière de la loi ne soit pas aussi stricte lorsque la sécurité nationale est en jeu, mais elle est néanmoins incontournable. Cependant, aux termes de l'article 7, il n'y a pas lieu de faire un examen distinct afin de décider si une mesure législative donnée « établit un juste équilibre » entre les droits de l'individu et les intérêts de la société, cela risquant de faire disparaître entièrement l'examen que commande l'article premier au profit de celui qui est fondé sur l'article 7. Le droit de l'accusé de connaître la thèse avancée contre lui n'est pas absolu. Aux termes de l'article 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer sensiblement équivalente. Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la communication de renseignements à l'intéressé. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels assurant le respect des principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. Parmi ces autres moyens, il peut y avoir la communication ultérieure de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel. Le recours prévu par l'article 38 donne forcément lieu à l'analyse des considérations relatives à la sécurité nationale. L'article 38 prévoit d'autres façons d'informer l'intéressé pour l'essentiel de façon à ce que soient mis en balance les intérêts divergents en matière de justice fondamentale (par exemple, l'article 38.03 prévoit que le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la communication de la totalité ou d'une partie des renseignements et le paragraphe 38.06(2) autorise le juge à envisager les conditions de communication les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale).

Le paragraphe 38.11(2), la disposition contestée, permet à la partie qui demande la communication de renseignements secrets de demander à présenter ses observations en l'absence de toute autre partie, y compris le procureur général du Canada, qui peut agir ainsi sans l'autorisation de la Cour. En

confers a considerable discretion in deciding whether information in issue should be disclosed after completion of a three-part test.

The respondent's concern that appointment of a security-cleared *amicus curiae* for the *ex parte* sessions was not explicitly written into the section 38 legislation is answered by the Federal Court's ability, on its own initiative or in response to a request from a party to the proceeding, to appoint *amicus curiae* on a case-by-case basis. This safeguard further assures adherence to the principles of fundamental justice in the national security context.

The substantial substitutes and procedural protections in section 38 of the Act establish a process that is not "fundamentally unfair". Section 38, including subsection 38.11(2), achieves a nuanced approach that respects the interest of the state to maintain the secrecy of sensitive information while affording mechanisms which respect the rights of the accused.

Finally, although the *ex parte* process in subsection 38.11(2) infringes the freedom of the media and the open-court principle enshrined in paragraph 2(b) of the Charter, the infringement is saved under section 1 thereof since the Supreme Court of Canada in *Ruby v. Canada (Solicitor General)* affirmed the validity of the statutory requirement that government submissions concerning secret information can be received *ex parte*.

outre, l'article 38 confère un large pouvoir discrétionnaire au juge appelé à décider si les renseignements visés doivent être ou non communiqués à la réalisation du critère à trois volets.

Le droit de la Cour fédérale de désigner, d'office ou à la demande d'une partie à l'instance, un ami de la cour dans un cas particulier répond à la préoccupation du défendeur selon laquelle l'article 38 ne prévoyait pas explicitement la désignation d'un ami de la cour ayant obtenu l'habilitation de sécurité aux fins des audiences *ex parte*. Cette mesure de protection favorise davantage le respect des principes de justice fondamentale lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale.

Vu les mesures de rechange et les mesures procédurales de protection solides que prévoit l'article 38 de la Loi, la procédure n'est pas « fondamentalement inéquitable ». L'article 38, y compris le paragraphe 38.11(2), instaure un dispositif affiné qui assure le respect, d'une part, de l'intérêt qu'a l'État à préserver la confidentialité des renseignements sensibles et, d'autre part, les droits de l'accusé.

Enfin, bien que la procédure *ex parte* prévue par le paragraphe 38.11(2) porte atteinte à la liberté d'expression et au principe du procès public que consacre l'alinéa 2b) de la Charte, l'atteinte se justifie au sens de l'article premier parce que la Cour suprême du Canada a reconnu, dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, la validité des dispositions imposant l'audition *ex parte*, sur demande, des arguments concernant les renseignements confidentiels de l'institution gouvernementale concernée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06(2) (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11(2) (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*).
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. 1, 2(b), 7, 11(d).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 36.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
 Rules of Procedure of the Security Intelligence Review Committee in Relation to its Function Under Paragraph 38(c) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, adopted March 9, 1985.

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. 1, 2b), 7, 11d).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06(2) (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11(2) (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 36.
 Règles de procédure du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à l'égard des fonctions exercées en vertu de l'alinéa 38c) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, adoptées le 9 mars 1985.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ruby v. Canada (Solicitor General), [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Khawaja, 2007 FC 533; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 69 C.R.R. (2d) 1; 248 N.R. 101; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 48 Imm. L.R. (3d) 211; 2004 FC 1717.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Khawaja, 2007 FC 533; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 2007 FC 128; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; (1989), 61 D.L.R. (4th) 385; [1989] 6 W.W.R. 351; 61 Man. R. (2d) 270; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698; (2004), 246 D.L.R. (4th) 193; 125 C.R.R. (2d) 122; 328 N.R. 1; 12 R.F.L. (6th) 153; 2004 SCC 79; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262; (1998), 40 O.R. (3d) 576; 166 D.L.R. (4th) 385; 129 C.C.C. (3d) 449; 20 C.R. (5th) 246; 57 C.R.R. (2d) 219; 232 N.R. 83; 115 O.A.C. 201; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552.

AUTHORS CITED

Leigh, Ian. "Secret Proceedings in Canada" (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 113.
Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

MOTION challenging the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* on the

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Khawaja, 2007 CF 533; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Khawaja, 2007 CF 533; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698; 2004 CSC 79; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552.

DOCTRINE CITÉE

Leigh, Ian. « Secret Proceedings in Canada » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 113.
Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *R.C.D.A.P.* 173.

REQUÊTE contestant la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*

basis that it infringes the respondent's rights under paragraph 2(b), section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that these infringements are not justified under section 1 thereof. Motion dismissed.

APPEARANCES:

Linda J. Wall and *Derek Rasmussen* for applicant.

Lawrence Greenspon and *Eric Granger* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Greenspon, Brown & Associates for respondent.

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

[1] LUTFY C.J.: In a proceeding under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, the Attorney General of Canada has the right to make representations to a judge of the Federal Court in the absence of the party seeking the disclosure of secret information. In this case, where the party seeking access to the secret information is an accused facing serious criminal charges, does the right of the Attorney General of Canada to make these *ex parte* representations offend the principles of fundamental justice, the right to a fair and public hearing and the open court principle enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter)? These are my reasons for answering this question in the negative.

Procedural background

[2] Since November 1, 2006, the parties have been engaged in a proceeding under section 38 of the *Canada Evidence Act* (the main proceeding) [2007 FC 533]. The presiding Judge in that proceeding is Justice Richard G.

au motif que cette disposition porte atteinte aux droits du défendeur qui lui sont garantis par l'article 7 et les alinéas 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que ces atteintes ne peuvent se justifier au sens de l'article premier de la Charte. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

Linda J. Wall et *Derek Rasmussen* pour le demandeur.

Lawrence Greenspon et *Eric Granger* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Greenspon, Brown & Associates pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE EN CHEF LUTFY : Lorsqu'est engagée l'instance prévue par l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, le procureur général du Canada a le droit de présenter des observations au juge de la Cour fédérale en l'absence de la partie qui demande la communication de renseignements secrets. Dans la présente affaire, où la partie demandant l'accès à des renseignements secrets est inculpée de graves infractions au pénal, le droit du procureur général du Canada d'ainsi présenter des observations *ex parte* porte-t-il atteinte aux principes de justice fondamentale, au droit à un procès public et équitable et au principe de l'audience publique consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte)? La réponse est négative et je vais en exposer les motifs.

Faits et procédure

[2] Depuis le 1^{er} novembre 2006, les parties participent à l'instance engagée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (l'instance principale) [2007 CF 533]. Le juge qui préside dans

Mosley (the presiding Judge).

[3] On March 15, 2007, the respondent, Mohammad Momin Khawaja, filed a motion and a notice of constitutional question asserting that subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act infringes his rights under paragraph 2(b), section 7 and paragraph 11(d) of the Charter and that these infringements are not justified under section 1 (the constitutional issue).

[4] The main proceeding is brought in the context of a terrorism-related criminal prosecution against the respondent in the Ontario Superior Court of Justice. When the constitutional issue was heard, the trial was tentatively scheduled to begin on May 7, 2007.

[5] By the time the motion was filed on March 15, 2007 and scheduled for hearing on March 30, 2007, Justice Mosley had presided over a number of *ex parte* sessions at the request of the Attorney General of Canada.

[6] During the hearing of March 30, 2007 ([2007] FC 533), the presiding Judge made the following comments [at paragraphs 86-92] concerning the advisability that he determine the constitutional issue:

Counsel for the respondent notes that I have already heard *ex parte* evidence and representations from the Attorney General in these proceedings with respect to the merits of the application. Indeed, a considerable amount of the Court's time has been devoted already to hearing the testimony of *ex parte* affiants and in reviewing unredacted copies of the documents in question.

Counsel suggests that the Court's consideration of the constitutional issue may be tainted by the evidence that has been heard thus far, *ex parte* and *in camera*.

I am not convinced that I would be unable to decide the constitutional question fairly and impartially in the present circumstances. Nor do I want to suggest that in any other case in which a constitutional challenge is raised late in the

cette instance est le juge Richard G. Mosley (le juge président).

[3] Le 15 mars 2007, le défendeur, Mohammad Momin Khawaja, a présenté une requête et un avis de question constitutionnelle, en faisant valoir que le paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par les alinéas 2*b*) et 11*d*) et l'article 7 de la Charte et que ces atteintes ne peuvent se justifier au sens de l'article premier (la question constitutionnelle).

[4] Le recours principal découle d'une poursuite pénale en lien avec le terrorisme engagée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario contre le défendeur. Lors de l'audience consacrée à la question constitutionnelle, on a provisoirement fixé au 7 mai 2007 la date du début du procès.

[5] Au moment où la requête a été présentée le 15 mars 2007 et où la date d'audience a été fixée au 30 mars 2007, le juge Mosley avait déjà présidé un certain nombre de séances *ex parte* à la demande du procureur général du Canada.

[6] Lors de l'audition du 30 mars 2007 ([2007] CF 533), le juge président a formulé les observations suivantes [aux paragraphes 86 à 92] quant à l'opportunité pour lui de trancher la question constitutionnelle :

L'avocat du défendeur a fait remarquer que j'ai déjà recueilli dans la présente affaire les témoignages et les arguments du procureur général au sujet du bien-fondé de la demande en l'absence de la partie adverse. En fait, la cour a déjà consacré un temps considérable à l'audition des témoignages *ex parte* des souscripteurs des affidavits et à l'examen de copies non expurgées des documents en cause.

L'avocat prétend que l'examen de la question constitutionnelle par la Cour risque d'être influencé par les témoignages recueillis jusqu'ici en l'absence de la partie adverse et à huit clos.

Je ne suis pas convaincu que cela me rendrait incapable de me prononcer de manière impartiale et équitable sur la question constitutionnelle. Je ne voudrais pas non plus donner à penser que, dans toute autre affaire où l'objection

proceedings, that the presiding judge should not determine the issue.

Indeed in most cases it makes sense that the judge seized of the matter deal with any constitutional issues in the course of the proceedings, even where evidence may already have been heard *ex parte* on the merits.

This situation arises in part because of the timing of the filing of the respondent's notice of constitutional question. Had it been brought earlier, the constitutional issue could have been determined prior to the scheduling of any evidentiary hearings. Such hearings may not, in any event, have proved necessary had the question been decided fully in the respondent's favour.

However, that is not the case that I must deal with.

In this instance, there is a practical solution and that the issue is severable from the application, the factums have been served and filed by the parties and oral submissions could be heard next week by another judge who is available to hear the matter.

The presiding Judge preferred that the constitutional issue be heard by another judge.

[7] As the case management Judge, I undertook to hear the motion. Oral submissions began on April 4, 2007. Because of scheduling issues involving the Court and counsel, the hearing could not be completed until April 19, 2007 when the matter was taken under advisement.

[8] The parties are in substantial agreement as to the contents of the record for the purposes of this constitutional motion : (a) all of the materials exchanged between the applicant and the respondent, including the transcripts of the respondent's cross-examination of the applicant's affiants; (b) uncontroversial or uncontested facts concerning the various steps in the main proceeding and the respondent's criminal trial; (c) excerpts from legislative schemes and debates concerning the protection of sensitive information; and (d) judicial notice of broad social facts.

[9] It is acknowledged that the respondent has filed no affidavit evidence in the main proceeding. Neither party

d'insconstitutionnalité est soulevée tardivement, le juge président à l'instance ne devrait pas trancher la question.

En fait, il est logique dans la plupart de cas que le juge saisi de l'affaire se prononce également sur les questions constitutionnelles soulevées au cours des procédures, même lorsqu'il a déjà recueilli des témoignages sur le fond en l'absence de la partie adverse.

Si le problème se pose en l'espèce, c'est en partie à cause du moment choisi par le défendeur pour déposer son avis de question constitutionnelle. Si cet avis avait été déposé plus tôt, la question constitutionnelle aurait pu être tranchée avant que ne soit fixée la date d'audition des témoins. D'ailleurs, si la question avait été tranchée dans le sens voulu par le défendeur, il n'aurait peut-être même pas été nécessaire de tenir ces auditions.

Ce n'est cependant pas comme cela que les choses se sont passées et je dois traiter de la situation de la présente affaire.

Il existe en l'espèce une solution pratique : la question en cause peut être séparée de la demande. Les mémoires ont été signifiés et déposés par les parties et les plaidoiries pourraient être entendues la semaine prochaine par un autre juge.

Le juge président a préféré qu'un autre juge soit saisi de la question constitutionnelle.

[7] En qualité de juge responsable de la gestion de l'instance, j'ai décidé d'entendre la requête. L'audition a débuté le 4 avril 2007. La Cour et les avocats des parties ayant eu des conflits d'horaires, l'instruction n'a pu se terminer avant le 19 avril 2007 et l'affaire a alors été mise en délibération.

[8] Les parties s'entendent pour l'essentiel quant au contenu du dossier aux fins de la présente requête sur la question constitutionnelle : a) tous les documents que se sont échangés le demandeur et le défendeur, y compris la transcription du contre-interrogatoire par le défendeur des auteurs d'affidavits du demandeur; b) les faits non contestés concernant les diverses étapes de l'instance principale et du procès pénal du défendeur; c) des extraits de textes législatifs et des débats portant sur la protection des renseignements sensibles; et d) la connaissance d'office des faits sociaux notoires.

[9] Je prends acte que le défendeur n'a présenté aucune preuve par affidavit dans l'instance principale.

filed new affidavit evidence concerning the constitutional issue.

[10] The respondent does not take issue with the applicant's following submission:

... the material which has been made the subject of a notice of the Attorney General and placed before the Federal Court in the s. 38 proceeding comprises less than 2% of the total volume of material disclosed to the respondent/accused in the Superior Court of Justice criminal proceeding. Approximately 1,700 out of 98,822 pages.

The sensitive information in issue in the main proceeding is included among some 23 volumes of documents.

[11] The respondent did not seek leave to make *ex parte* submissions in the main proceeding.

[12] Neither party requested the Court to appoint an *amicus curiae* at any stage of the main proceeding.

[13] A general description of the procedures followed in a typical section 38 proceeding since the amendments enacted in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 is set out in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.), at paragraphs 28 to 38. In these reasons, section 38 and following of the *Canada Evidence Act* will sometimes be referred to collectively as "section 38".

The legislative provisions

[14] The constitutional issue raises three provisions of the Charter:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

...

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.

Ni l'une ni l'autre partie n'a produit de nouvelle preuve par affidavit relativement à la question constitutionnelle.

[10] Le défendeur ne conteste pas l'observation suivante du demandeur :

[TRADUCTION] [...] les documents visés par l'avis du procureur général et déposés devant la Cour fédérale dans le cadre du recours prévu par l'article 38 équivalent à moins de 2 % du volume total des documents divulgués au défendeur/à l'accusé dans le cadre de l'instance criminelle devant la Cour supérieure de justice. (Environ 1 700 pages sur un total de 98 822 pages.)

Les renseignements sensibles en cause dans l'instance principale sont disséminés dans quelque 23 volumes de documents.

[11] Le défendeur n'a pas demandé l'autorisation de présenter des observations *ex parte* dans l'instance principale.

[12] Ni l'une ni l'autre partie n'a demandé à la Cour de désigner un ami de la cour à un stade quelconque de l'instance principale.

[13] La décision *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (C.F.) expose de manière générale (aux paragraphes 28 à 38) la procédure à suivre concernant le recours prévu par l'article 38 depuis l'édiction de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. Dans les présents motifs, l'expression « article 38 » désignera parfois globalement les articles 38 et suivants de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les dispositions législatives pertinentes

[14] La question constitutionnelle met en jeu trois dispositions de la Charte :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

[...]

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.

...

[...]

11. Any person charged with an offence has the right

11. Tout inculpé a le droit :

...

[...]

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable.

[15] Subsection 38.11(2) [of the *Canada Evidence Act*] reads as follows:

[15] Le paragraphe 38.11(2) [de la *Loi sur la preuve au Canada*] prévoit pour sa part ce qui suit :

38.11 (1) . . .

38.11 (1) [...]

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada—et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*—la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)d).

Analysis

(i) The sufficiency of the factual foundation

Analyse

i) La Cour dispose-t-elle des faits lui permettant de se prononcer pleinement sur la question constitutionnelle?

[16] In response to a request from the Court, the parties filed submissions concerning the sufficiency of the factual foundation for the determination of the constitutional issue.

[16] En réponse à la demande de la Cour, les parties ont présenté des observations à ce sujet.

[17] The parties acknowledge that disclosure in the criminal proceeding has been ongoing for some two years, including those documents redacted for reasons relating to national security and international relations (referred to collectively as “national security” in this decision). When the Attorney General of Canada launched the section 38 proceeding on November 1, 2006, the trial was scheduled to commence on January 2, 2007. When the respondent raised the constitutional issue on March 15, 2007, the trial had been tentatively rescheduled for May 7, 2007.

[17] Les parties conviennent qu'il y a eu communication continue pendant deux ans de documents dans le cadre de l'instance pénale, y compris des documents expurgés pour des raisons liées à la sécurité nationale et aux relations internationales (collectivement désignés par l'expression « sécurité nationale » dans la présente décision). Lorsque le procureur général du Canada a formé le recours prévu par l'article 38 le 1^{er} novembre 2006, la date prévue du début du procès était le 2 janvier 2007. Lorsque le défendeur a soulevé la question constitutionnelle, le 15 mars 2007, la nouvelle date du procès avait alors été fixée en principe au 7 mai 2007.

[18] As mentioned earlier, the respondent did not seek to make any *ex parte* submissions in the main proceeding as he was entitled to do pursuant to

[18] Comme je l'ai dit, le demandeur n'a pas demandé à présenter des observations *ex parte* dans le cadre de l'audience principale, comme le paragraphe 38.11(2)

subsection 38.11(2). As I noted in *Toronto Star*, above, information from the accused, provided to the Court secretly and in the absence of the Attorney General of Canada, can be of assistance to the presiding Judge in the section 38 proceeding (at paragraph 37):

In the Court's experience to date, when *ex parte* representations are made by a party other than the Attorney General of Canada, only that party is present before the presiding judge. This may occur where the underlying proceeding is a criminal prosecution. Specifically, the accused may wish to make representations to the section 38 judge concerning the importance of disclosing the secret information to assist in defending the criminal charge. In such circumstances, the accused will prefer to make these submissions without disclosing to any other party the substance or detail of the defence in the criminal proceeding.

[19] In this case, the respondent has received voluminous documentation through the *Stinchcombe* disclosure process [*R. v. Stinchcombe*, 1991] 1 S.C.R. 326]. Many of the pages have been only partially redacted. This unredacted information can form the basis of the *ex parte* representations I had in mind in paragraph 37 of *Toronto Star*.

[20] The respondent argued that the record available to him disclosed insufficient evidence concerning three factual issues.

[21] First, the respondent was told during cross-examination that an attempt was made to obtain waivers from foreign agencies or governments with respect to the redactions based on the third party rule. This rule prohibits the agency receiving national security information from attributing the source of the information or disclosing its contents without the permission of the originating agency. It is true that the deponent himself did not make the inquiries to obtain the waivers.

[22] Second, the respondent was also advised during cross-examination that a person was assigned to

l'autorisait à le faire. Ainsi que je l'ai signalé dans la décision *Toronto Star*, précitée, les renseignements communiqués en secret à la Cour par l'accusé, en l'absence du procureur général, peuvent s'avérer utiles au juge qui préside l'instance visée par l'article 38 (paragraphe 37) :

Selon la pratique suivie devant la Cour jusqu'à l'heure actuelle, lorsqu'une partie autre que le procureur général du Canada présente de telles observations, seule cette partie est présente devant le juge qui préside l'instance. Cela peut être le cas lorsque l'instance principale est une poursuite pénale. Plus précisément, l'accusé peut vouloir présenter au juge chargé d'entendre la demande présentée en vertu de l'article 38 des observations sur l'importance de divulguer les renseignements secrets qui l'aideront à assurer sa défense. Dans de telles circonstances, l'accusé préfère faire ces observations sans divulguer à une autre partie le fond ou les détails de sa défense dans l'instance pénale.

[19] En l'espèce, le défendeur s'est fait transmettre une volumineuse documentation conformément à la procédure de communication exposée dans l'arrêt *Stinchcombe* [*R. c. Stinchcombe*, [1991] 1 R.C.S. 326]. Bon nombre des pages transmises n'ont été que partiellement expurgées. Ces renseignements non supprimés peuvent servir de fondement aux observations présentées *ex parte* auxquelles je faisais allusion au paragraphe 37 de la décision *Toronto Star*.

[20] Le défendeur soutient cependant que, dans le dossier dont il dispose, on ne lui a pas communiqué suffisamment d'éléments de preuve quant à trois questions de fait.

[21] Premièrement, le défendeur s'est fait dire pendant un contre-interrogatoire que l'on avait tenté d'obtenir d'organismes ou de gouvernements étrangers des dispenses à l'égard des suppressions en se fondant sur la règle de la tierce personne. Selon cette règle, l'organisme qui obtient des renseignements liés à la sécurité nationale ne peut communiquer sa source d'information ou leur teneur sans y avoir été autorisé par l'organisme d'où proviennent les renseignements. Il faut dire que l'auteur de l'affidavit n'avait pas lui-même fait les demandes en vue d'obtenir les dispenses.

[22] Deuxièmement, on a également informé le défendeur au cours du contre-interrogatoire qu'une

determine whether any of the redacted information was in fact made public as a result of related criminal proceedings in the United Kingdom. The person responsible for this task was not the affiant. There is also, of course, a duty of utmost good faith on counsel for the Attorney General of Canada to make full disclosure in any *ex parte* proceeding: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 27 and 47; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), at paragraphs 153 and 154.

[23] Finally, the respondent was advised that the affiant from the Canada Border Services Agency was familiar with the process by which different kinds of privileges are attached to specific redacted information. Again, this particular affiant could not address the linkage between the specific privilege being asserted and the information redacted in the main proceeding. The affiant from the Canadian Security Intelligence Service set out six categories for asserting national security privilege in her affidavit. The respondent's cross-examination of this affiant was limited.

[24] In each instance, however, it was open to the respondent to pursue further these factual issues, including the one concerning the linkage between the specific privilege and the information, through counsel for the Attorney General of Canada and, if unsuccessful, to seek relief from the Court. No such relief was sought.

[25] Against this background, I questioned whether there is an appropriate factual foundation upon which to test the constitutionality of the section 38 provisions.

[26] Charter decisions should not and must not be made in a factual vacuum: *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at page 361; *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698.

[27] This principle was somewhat qualified in *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668 (at paragraphs 36 and 37):

personne avait été chargée de vérifier si certains des renseignements supprimés avaient été rendus publics en raison d'une procédure pénale connexe au Royaume-Uni. Cette personne n'était pas l'auteur de l'affidavit. En outre, bien sûr, les avocats du procureur général du Canada doivent agir avec la bonne foi la plus absolue en procédant à une communication complète dans les instances *ex parte* (*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 27 et 47; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), aux paragraphes 153 et 154).

[23] Enfin, on a informé le défendeur que l'auteur de l'affidavit provenant de l'Agence des services frontaliers du Canada connaissait la procédure selon laquelle différents types de privilèges sont rattachés à des renseignements particuliers supprimés. Là encore, l'auteur ne pouvait rattacher le privilège particulier invoqué aux renseignements supprimés dans le cadre de l'instance principale. Pour sa part, l'auteur provenant du Service canadien du renseignement de sécurité a fait état dans son affidavit de six catégories en fonction desquelles on peut invoquer le privilège relatif à la sécurité nationale. Le contre-interrogatoire de cette auteure d'affidavit par le défendeur n'a pas été poussé.

[24] Dans chacun de ces cas, toutefois, il était loisible au défendeur d'explorer plus en profondeur ces questions de fait, en ce qui concerne notamment le lien entre le privilège précis et tel ou tel renseignement, par l'intermédiaire de l'avocat du procureur général du Canada et, en cas d'échec, de s'adresser à la Cour. Or, rien n'a été fait en ce sens.

[25] Dans ce contexte, j'ai posé la question de savoir si je disposais des faits me permettant de me prononcer pleinement sur la constitutionnalité des dispositions de l'article 38.

[26] Les décisions relatives à la Charte ne doivent pas être rendues de manière abstraite (*MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, à la page 361; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698).

[27] On a quelque peu réduit la portée de ce principe dans *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (aux paragraphes 36 et 37) :

The mere fact that it is not clear whether the respondent will in fact be denied access to records potentially necessary for full answer and defence does not make the claim premature. The respondent need not prove that the impugned legislation would probably violate his right to make full answer and defence. . . .

The question to answer is whether the appeal record provides sufficient facts to permit the Court to adjudicate properly the issues raised.

[28] Despite some misgivings that the factual underpinnings have not been fully explored in this case, I am satisfied, as acknowledged by both parties, that there are sufficient legislative facts to assess the purpose or general effects of the impugned provision in the context of this Charter challenge.

(ii) Section 7 and paragraph 11(d)

[29] The main proceeding arises as the result of serious criminal charges where the respondent, if convicted, faces the possibility of a substantial penitentiary sentence. In this context, the applicant conceded, properly in my view, that the respondent's liberty interests as protected under section 7 are engaged.

[30] Also, the parties generally acknowledge, and I agree, that the principles of fundamental justice at issue include the respondent's right to a fair trial, his right to disclosure and his right to make full answer and defence, as these rights relate to the underlying criminal proceeding.

[31] In this case, the respondent's right to fundamental justice, including the right to make full answer and defence, overlaps with his right to a fair and public hearing in accordance with paragraph 11(d). As a potential loss of life, liberty or security of the person is at issue, it is appropriate to consider both sections of the Charter together since a finding that one provision has been infringed will necessarily entail a finding that the other has been infringed as well: *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at paragraph 96. In this case, the parties have presented their submissions concerning section 7

Le simple fait qu'il ne soit pas clair que l'intimé se verra effectivement refuser l'accès à des dossiers susceptibles d'être nécessaires pour pouvoir présenter une défense pleine et entière ne rend pas la demande prématurée. L'intimé n'a pas à prouver que la mesure législative contestée porterait vraisemblablement atteinte à son droit à une défense pleine et entière [. . .]

La question à laquelle il faut répondre est de savoir si le dossier d'appel contient suffisamment de faits pour permettre à la Cour de bien trancher les questions soulevées.

[28] Bien que je ne sois pas certain qu'on ait suffisamment poussé l'examen des faits de l'espèce, je suis disposé à conclure—et les deux parties abondent dans mon sens—que l'ensemble des faits me met en mesure d'apprécier l'objet ou les conséquences générales de la disposition contestée dans le cadre de la présente contestation fondée sur la Charte.

ii) Article 7 et alinéa 11d)

[29] L'instance principale découle des graves accusations pénales pouvant exposer le défendeur, s'il est déclaré coupable, à de longues peines d'emprisonnement. Le demandeur n'a pas nié, à raison selon moi, que le droit à la liberté garanti par l'article 7 au défendeur est en jeu en l'occurrence.

[30] Les parties conviennent aussi de manière générale, et j'abonde en ce sens, que les principes de justice fondamentale en jeu en l'espèce comprennent le droit du défendeur à un procès équitable, son droit à la communication de renseignements et son droit à une défense pleine et entière puisqu'ils ont trait à l'instance pénale sous-jacente.

[31] En l'espèce, le droit du défendeur au respect des principes de justice fondamentale, y compris son droit à une défense pleine et entière, chevauche son droit à un procès public et équitable garanti par l'alinéa 11d). Comme la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne sont potentiellement en cause, il convient d'examiner de concert les deux dispositions de la Charte; si l'une des dispositions a été violée, il faudra conclure que l'autre disposition a aussi été violée (*R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, au paragraphe 96). En l'espèce, les parties soutiennent les mêmes arguments relativement à l'article

and paragraph 11(d) interchangeably. In these reasons, I will be referring principally to section 7.

[32] In considering the relevant section 7 issues, I have been guided by the recent judgment of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*).

[33] Section 7 of the Charter does not require a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and interests at stake: *Charkaoui*, at paragraph 20. The main question is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is “fundamentally unfair” to the affected person: *Charkaoui*, at paragraph 22.

[34] Societal concerns form part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice: *Charkaoui*, at paragraph 58. In the national security context, in particular, although the protection of due process may not be as complete as in a case where national security does not operate, due process is nonetheless the bottom line: *Charkaoui*, at paragraph 27. Section 7 does not, however, permit a free-standing inquiry into whether a legislative measure “strikes the right balance” between individual and societal interests as this would risk collapsing the section 1 analysis into section 7: *Charkaoui*, at paragraph 21.

[35] The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side: *Charkaoui*, at paragraph 57. In order to satisfy section 7, either the person must be given the necessary information or a substantial substitute for that information must be found: *Charkaoui*, at paragraph 61.

7 et à l’alinéa 11d). Il sera surtout question de l’article 7 dans les présents motifs.

[32] Quant à l’examen des questions pertinentes liées à l’article 7, je me suis appuyé sur l’arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 (l’arrêt *Charkaoui*) rendu récemment par la Cour suprême du Canada.

[33] L’article 7 de la Charte exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l’instance et des intérêts en cause : arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 20. La question en litige principale est la suivante : les principes de justice fondamentale pertinents ont-ils été respectés pour l’essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l’atteinte? La procédure était-elle « fondamentalement inéquitable » envers la personne touchée (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 22)?

[34] Les préoccupations d’ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour cerner la portée des principes applicables de justice fondamentale (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 58). Il se peut que l’application régulière de la loi ne soit pas aussi stricte lorsque la sécurité nationale est en jeu, mais elle est néanmoins incontournable (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 27). Aux termes de l’article 7, il n’y a pas lieu de faire un examen distinct afin de décider si une mesure législative donnée « établit un juste équilibre » entre les droits de l’individu et les intérêts de la société, cela risquant de faire disparaître entièrement l’examen que commande l’article premier au profit de celui qui est fondé sur l’article 7 (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 21).

[35] Le droit de l’accusé de connaître la thèse avancée contre lui n’est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d’audiences *ex parte* ou à huis clos au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d’une seule partie (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 57). Aux termes de l’article 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l’informer sensiblement équivalente (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 61).

[36] National security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. Where the national security context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found: *Charkaoui*, at paragraph 23. Substitute measures can include subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal: *Charkaoui*, at paragraphs 57-59 and *Ruby*, at paragraph 40.

[37] An analysis of national security considerations is inherently engaged in section 38 proceedings. The sensitive information in issue arguably necessitates *ex parte* review. However, section 38 provides a number of substantial substitutes to accommodate the competing interests of fundamental justice. These protections are set out below.

[38] Section 38.03 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] authorizes the Attorney General of Canada to disclose all or part of the information at any time. This may occur during the section 38 proceeding, including the *ex parte* process: see *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, at paragraph 49.

[39] Parliament has provided a substitute for the redacted information by authorizing the judge to consider the conditions of disclosure most likely to limit injury to national security: subsection 38.06(2) [as enacted *idem*]. The same provision states that the judge may authorize the disclosure “of all the information, a part of summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.” This flexibility was not written into the version of section 38 which existed prior to the amendments enacted by the *Anti-terrorism Act*.

[40] Sections 38.09 [as enacted *idem*] and 38.1 [as enacted *idem*] provide respectively an appeal as of right to the Federal Court of Appeal and on leave to the Supreme Court of Canada.

[36] Des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la communication de renseignements à l'intéressé. Dans les cas où la sécurité nationale ne permet pas l'emploi des moyens habituels assurant le respect des principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables (l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 23). Parmi ces autres moyens, il peut y avoir la communication ultérieure de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel (l'arrêt *Charkaoui*, aux paragraphes 57 à 59; l'arrêt *Ruby*, au paragraphe 40).

[37] Le recours prévu par l'article 38 donne forcément lieu à l'analyse des considérations relatives à la sécurité nationale. On peut ainsi soutenir que les renseignements sensibles concernés appellent un examen *ex parte*. L'article 38 prévoit toutefois d'autres façons d'informer l'intéressé pour l'essentiel de façon à ce que soient mis en balance les intérêts divergents en matière de justice fondamentale. Nous examinerons ci-dessous ces mesures de protection.

[38] L'article 38.03 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] prévoit que le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la communication de tout ou partie des renseignements. Cela peut survenir pendant l'instance visée à l'article 38, y compris pendant la procédure *ex parte* (*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552, au paragraphe 49).

[39] Le législateur a prévu une solution de rechange aux renseignements expurgés en autorisant le juge à envisager les conditions de communication les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale (paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*]). Le même paragraphe prévoit que le juge peut autoriser la communication « de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés ». L'ancien article 38, qui était en vigueur avant les modifications apportées par la *Loi antiterroriste*, n'offrait pas une telle latitude.

[40] Les articles 38.09 [édicte, *idem*] et 38.1 [édicte, *idem*] prévoient respectivement l'appel de plein droit devant la Cour d'appel fédérale, et avec autorisation devant la Cour suprême du Canada.

[41] An additional procedural safeguard to protect the right of the accused to a fair trial is set out in section 38.14 [as enacted *idem*]. After the section 38 process has been completed, with or without the issuance of a certificate by the Attorney General of Canada pursuant to section 38.13 [as enacted *idem*], the judge presiding over the criminal proceeding has a range of options, including an order effecting a stay of the criminal charges.

[42] Section 38 provides for other procedural protections.

[43] Subsection 38.11(2), the impugned provision, itself affords the party seeking disclosure of the secret information the right to request the opportunity to make representations in the absence of any other party, including the Attorney General of Canada: above at paragraphs 18-19. This is another innovation enacted by the 2001 amendments in the *Anti-terrorism Act*.

[44] The one difference between the right of the Attorney General of Canada and the right of the respondent to make *ex parte* representations is that the latter is with leave of the Court. There has been no reported case, and no case to my knowledge, where such a request has been refused.

[45] Also, there is no principle of fundamental justice that the Crown and the defence must enjoy precisely the same privileges and procedures: *Mills*, at paragraph 111. The Supreme Court of Canada has accepted the right of government to make *ex parte* submissions in national security matters, subject to the control of the reviewing court and the applicable principles of fundamental justice: *Charkaoui*, at paragraph 57 and *Ruby*, at paragraph 49.

[46] Section 38 also confers a considerable discretion in deciding whether information in issue should be disclosed. The three-part test set out in the Federal Court of Appeal decision in *Ribic* [*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33] is itself a form of

[41] L'article 38.14 [édicte, *idem*] prévoit une garantie procédurale supplémentaire visant à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Au terme de l'instance visée par l'article 38, que le procureur général du Canada ait délivré ou non un certificat en vertu de l'article 38.13 [édicte, *idem*], le juge qui préside l'instance pénale dispose de diverses options et peut notamment ordonner l'arrêt des procédures pénales.

[42] L'article 38 prévoit d'autres mesures procédurales de protection.

[43] Le paragraphe 38.11(2), la disposition contestée, permet lui-même à la partie qui demande la communication de renseignements secrets de demander à présenter ses observations en l'absence de toute autre partie, y compris le procureur général du Canada (se reporter aux paragraphes 18 et 19 ci-dessus). C'est là une autre innovation découlant des modifications apportées en 2001 par la *Loi antiterroriste*.

[44] La seule différence qui existe entre le droit du procureur général et le droit du défendeur de présenter des observations *ex parte* réside dans le fait que ce dernier droit s'exerce sur autorisation de la Cour. Aucune affaire n'a été rapportée, et aucune n'existe à ma connaissance, où une telle demande d'autorisation ait été rejetée.

[45] En outre, aucun principe de justice fondamentale n'exige que le ministère public et la défense bénéficient exactement des mêmes privilèges et de la même procédure (l'arrêt *Mills*, au paragraphe 111). La Cour suprême du Canada a reconnu le droit de l'État de présenter des observations *ex parte* dans les affaires où la sécurité nationale est en cause, sous réserve du pouvoir de surveillance de la cour appelée à exercer un contrôle et des principes applicables de justice fondamentale (l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 57; l'arrêt *Ruby*, au paragraphe 49).

[46] L'article 38 confère également un large pouvoir discrétionnaire au juge appelé à décider si les renseignements visés doivent ou non être communiqués. Le critère en trois volets formulé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ribic* [*Canada (Procureur général)*

procedural protection insofar as it establishes a balanced and nuanced approach to assessing disclosure: *Ribic*, at paragraphs 17-27.

[47] Finally, as acknowledged by the applicant, the presiding Judge in a section 38 proceeding has the discretion to appoint a security-cleared *amicus curiae*.

[48] In considering the Federal Court's jurisdiction to appoint an *amicus curiae* in the context of a ministerial certificate case, Justice Eleanor Dawson noted in *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.), at paragraph 20 : "a power may be conferred by implication to the extent that the existence and exercise of such a power is necessary for the Court to properly and fully exercise the jurisdiction expressly conferred upon it by some statutory provision."

[49] Section 38 affords the flexibility to accommodate factual situations which will differ from case to case. A variant of the *amicus curiae* model, although not identical to the traditional conception of that office, was used in *Ribic*, at paragraphs 6, 44 and 45.

[50] In this proceeding, the Attorney General of Canada has acknowledged the Federal Court's jurisdiction to appoint an *amicus curiae* for the *ex parte* sessions of a section 38 application. In written submissions, the Attorney General of Canada characterized the *amicus curiae* as a legal expert to address legal issues relating to national security. During the hearing, counsel for the applicant acknowledged that the *amicus curiae* could be provided access to the secret information to read, hear, challenge and respond to the *ex parte* representations made on behalf of the government.

[51] The respondent's concern was that the appointment of an *amicus curiae* with such functions was not explicitly written into the section 38 legislation.

c. Ribic, [2005] 1 R.C.F. 33] constitue en soi une certaine forme de protection procédurale, dans la mesure où il vise à établir un mode équilibré et affiné d'évaluation de l'opportunité de communiquer (*Ribic*, aux paragraphes 17 à 27).

[47] Enfin, comme le reconnaît lui-même le demandeur, le juge qui préside l'instance visée à l'article 38 dispose du pouvoir discrétionnaire de désigner un ami de la cour ayant obtenu l'habilitation de sécurité.

[48] Lorsqu'elle s'est penchée sur la compétence de la Cour fédérale de désigner un ami de la cour lorsqu'est en cause le certificat du ministre, la juge Eleanor Dawson a signalé, dans la décision *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416 (C.F.) (au paragraphe 20) qu'un « pouvoir peut être conféré implicitement dans la mesure où l'existence et l'exercice d'un tel pouvoir sont nécessaires pour permettre à la Cour d'exercer valablement et pleinement la compétence qui lui est expressément conférée par une disposition législative ».

[49] L'article 38 offre la souplesse requise pour que le juge puisse s'adapter aux situations de fait qui varient d'une affaire à l'autre. On a suivi dans l'arrêt *Ribic* (aux paragraphes 6, 44 et 45) une variante—s'écartant quelque peu du modèle traditionnel—du recours à l'ami de la cour.

[50] En l'espèce, le procureur général du Canada a reconnu que la Cour fédérale avait compétence pour désigner un ami de la cour aux fins des audiences *ex parte* requises relativement à la demande visée par l'article 38. Dans ses observations écrites, le procureur général du Canada a qualifié l'ami de la cour d'expert en droit chargé d'examiner les questions de droit ayant trait à la sécurité nationale. Pendant l'audience, les avocats du demandeur ont en outre reconnu qu'on pouvait donner à l'ami de la cour accès à des renseignements secrets afin qu'il puisse lire et entendre les observations présentées *ex parte* au nom de l'État, et répondre à ces observations.

[51] Ce qui préoccupait le défendeur, pour sa part, c'était que l'article 38 ne prévoyait pas explicitement la désignation d'un ami de la cour doté de ces attributions.

[52] The Security Intelligence Review Committee (Review Committee) was enacted by the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23. Pursuant to section 36 of this Act, the Review Committee may engage “staff as it requires”. Neither the Act nor the Rules of Procedure adopted by the Review Committee make any specific mention of the role of counsel acting on behalf of the Review Committee [Rules of Procedure of the Security Intelligence Review Committee in relation to its Function under paragraph 38(c) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, adopted March 9, 1985]. In my view, the Court’s ability to appoint *amicus curiae*, as may be necessary, adequately answers the respondent’s concern that the equivalent of section 36 is not specifically provided for in section 38 of the *Canada Evidence Act*.

[53] A more complete description of the role of counsel appointed by the Security Intelligence Review Committee is available in two useful articles : Murray Rankin, “The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness” (1990) 3 *C.J.A.L.P.* 173; and Ian Leigh, “Secret Proceedings in Canada” (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 113, especially at pages 159-164. See also *Charkaoui*, at paragraphs 71-76.

[54] In his reply argument during the hearing, counsel for the respondent expressed a preference for “a Canadian special counsel model as described by *Charkaoui*” over an *amicus curiae*. In assessing this submission, it is important to characterize carefully the role of counsel for the Review Committee.

[55] The Review Committee appointed counsel to assist its members during hearings. The nomenclature “independent counsel” or “special counsel” may be confusing.

[56] In carrying out its investigative hearings, the Review Committee would, of course, be concerned to

[52] Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le Comité de surveillance) a été constitué aux termes de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23. L’article 36 de cette Loi prévoit que le Comité de surveillance peut engager « le personnel dont il a besoin ». Ni cette Loi ni les règles de procédure adoptées par le Comité de surveillance, toutefois, ne mentionnent expressément le rôle d’un avocat agissant pour le compte du Comité [Règles de procédure du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité à l’égard des fonctions exercées en vertu de l’alinéa 38c) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, adoptées le 9 mars 1985]. À mon avis, le droit de la Cour de désigner un ami de la cour, si besoin est, répond suffisamment à la préoccupation du défendeur due à l’absence, dans l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, de dispositions expresses équivalant à celles de l’article 36.

[53] On peut trouver une description plus exhaustive du rôle de l’avocat désigné par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité dans deux articles fort utiles : Murray Rankin, « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990) 3 *R.C.D.A.P.* 173; Ian Leigh, « Secret Proceedings in Canada » (1996), 34 *Osgoode Hall L.J.* 113, particulièrement aux pages 159 à 164. Se reporter également à l’arrêt *Charkaoui*, aux paragraphes 71 à 76.

[54] Dans leur réplique à l’audience, les avocats du défendeur ont dit préférer à l’ami de la cour le [TRADUCTION] « modèle de l’avocat spécial canadien défini dans l’arrêt *Charkaoui* ». Pour bien apprécier cette observation, il importe maintenant de décrire soigneusement le rôle de l’avocat du Comité de surveillance.

[55] Le Comité de surveillance a désigné des avocats pour qu’ils viennent en aide à ses membres pendant les audiences. Les qualifier « d’avocats indépendants » ou « d’avocats spéciaux » peut cependant porter à confusion.

[56] Lorsqu’il tient des audiences à des fins d’enquête, le Comité de surveillance favorise assurément

enhance natural justice and procedural fairness. One of the functions of Review Committee counsel in contributing to this goal would be to cross-examine government witnesses during the *ex parte* sessions, keeping in mind the interests of the complainant absent from the hearing. To label counsel as “independent” or “special” risks obscuring the fact that, at all times, counsel is acting on behalf of the Review Committee.

[57] In my view, the Court’s ability, on its own initiative or in response to a request from a party to the proceeding, to appoint an *amicus curiae* on a case-by-case basis as may be deemed necessary attenuates the respondent’s concerns with the *ex parte* process. This safeguard, if and when it need be used in the discretion of the presiding judge, further assures adherence to the principles of fundamental justice in the national security context.

[58] In *Charkaoui*, the Supreme Court of Canada found the impugned provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] unconstitutional on the principal basis that the scheme attempted to meet the dictates of fundamental justice essentially through one mechanism which the Court deemed insufficient: *Charkaoui*, at paragraph 65. The Supreme Court also noted that the *Canada Evidence Act* strikes a better and more sensitive balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals: *Charkaoui*, at paragraph 77. In my view, the substantial substitutes and procedural protections in section 38 establish a process that is not “fundamentally unfair”: *Charkaoui*, at paragraph 22.

[59] In summary, section 38, including subsection 38.11(2), achieves a nuanced approach that respects the interest of the state to maintain the secrecy of sensitive information while affording mechanisms which respect the rights of the accused, including the right to full answer and defence, the right to disclosure and the right to a fair trial in the underlying criminal proceeding. I find that subsection 38.11(2) accords with section 7 and

ment le respect des principes de justice naturelle et d’équité procédurale. Afin d’atteindre cet objectif, l’un des rôles de l’avocat du Comité de surveillance consiste à contre-interroger les témoins de l’État au cours des audiences *ex parte* en gardant à l’esprit les intérêts du plaignant qui n’y est pas présent. La qualification d’« indépendant » ou de « spécial » risque toutefois à cet égard d’occulter le fait que l’avocat, en tout temps, agit pour le compte du Comité de surveillance.

[57] À mon avis, le droit de la Cour de désigner, d’office ou à la demande d’une partie à l’instance, un ami de la cour lorsque cela s’avère nécessaire dans un cas particulier doit atténuer les réserves du défendeur au sujet de la procédure *ex parte*. Une telle mesure de protection, si on y recourt, selon l’appréciation du juge président, favorise encore davantage le respect des principes de justice fondamentale lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale.

[58] Dans l’arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a jugé inconstitutionnelles les dispositions contestées de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27], surtout au motif que le régime légal tentait de répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme unique, que la Cour suprême a jugé insuffisant (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 65). Celle-ci a également signalé que la *Loi sur la preuve au Canada* concilie mieux et de manière plus affinée la nécessité de protéger les renseignements sensibles et les droits procéduraux des individus (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 77). À mon avis, vu les mesures de rechange et les mesures procédurales de protection solides que prévoit l’article 38, la procédure n’est pas « fondamentalement inéquitable » (l’arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 22).

[59] En résumé, l’article 38, y compris le paragraphe 38.11(2), instaure un dispositif affiné qui assure le respect, d’une part, de l’intérêt qu’a l’État à préserver la confidentialité des renseignements sensibles, d’autre part, les droits de l’accusé, notamment le droit à une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit à un procès équitable lors de l’instance pénale pertinente. Je conclus que le

paragraph 11(d) of the Charter. No section 1 analysis is therefore required.

(iii) Paragraph 2(b)

[60] The parties' written and oral submissions concerning paragraph 2(b) of the Charter were limited.

[61] The Attorney General of Canada readily acknowledges that the *ex parte* process in subsection 38.11(2) infringes the freedom of the media and the open court principle enshrined in paragraph 2(b).

[62] In *Ruby*, the Supreme Court affirmed the validity of the statutory requirement that government submissions concerning secret information can be received *ex parte*.

[63] The respondent has not successfully distinguished *Ruby* from this case. Accordingly, I find that the infringement of the open court principle caused by subsection 38.11(2) is saved under section 1 for the reasons enunciated in *Ruby*, at paragraph 60 and, in the context of section 7, at paragraphs 46-49.

ORDER

THIS COURT ORDERS that the respondent's motion, filed on March 15, 2007, is dismissed.

paragraphe 38.11(2) est conforme à l'article 7 et à l'alinéa 11d) de la Charte. Aucun examen fondé sur l'article premier n'est donc nécessaire.

iii) Alinéa 2b)

[60] Les observations écrites et orales des parties relatives à l'alinéa 2b) de la Charte n'étaient pas très poussées.

[61] Le procureur général du Canada reconnaît sans hésitation que la procédure *ex parte* prévue par le paragraphe 38.11(2) porte atteinte à la liberté d'expression et au principe du procès public que consacre l'alinéa 2b).

[62] Dans l'arrêt *Ruby*, la Cour suprême a toutefois reconnu la validité des dispositions imposant l'audition *ex parte*, sur demande, des arguments concernant les renseignements confidentiels de l'institution fédérale concernée.

[63] Le défendeur n'a pas réussi à établir une distinction entre les faits de l'arrêt *Ruby* et ceux de la présente affaire. Je conclus, par conséquent, que l'atteinte au principe du procès public occasionnée par le paragraphe 38.11(2) se justifie au sens de l'article premier pour les motifs énoncés dans l'arrêt *Ruby* (au paragraphe 60 et, en regard de l'article 7, aux paragraphes 46 à 49).

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la requête déposée par le défendeur le 15 mars 2007 soit rejetée.