

DESA-2-07  
2007 FCA 388

DESA-2-07  
2007 CAF 388

**Mohammad Momin Khawaja** (*Appellant*)

**Mohammad Momin Khawaja** (*appelant*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*intimé*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KHAWAJA (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KHAWAJA (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Pelletier J.J.A.—Ottawa, October 15, 16 and December 6, 2007.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 15 et 16 octobre et 6 décembre 2007.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court decision upholding constitutional validity of Canada Evidence Act, s. 38.11(2) — Appellant charged under Criminal Code with terrorist-related offences — S. 38.11(2) allowing Attorney General, any other party with leave of Court, to make ex parte representations — Whether ex parte procedure in s. 38.11(2) infringes appellant's rights under Charter, s. 7 — Létourneau and Pelletier J.J.A. holding appellant's liberty interest not engaged — Richard C.J. assuming s. 7 engaged but holding not infringed — Pelletier J.A. distinguishing fairness of process leading to making of order, consequences to appellant of such order — But even if liberty interest engaged s. 38.11(2) not depriving appellant of right to liberty other than in accordance with principles of fundamental justice — Appeal dismissed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada — L'appellant a été inculpé, en application du Code criminel, d'infractions liées au terrorisme — L'art. 38.11(2) donne le droit au procureur général et à toute autre partie, si la Cour y consent, de présenter ses observations en l'absence d'autres parties — La procédure ex parte dont parle l'art. 38.11(2) porte-t-elle atteinte aux droits conférés à l'appellant par l'art. 7 de la Charte? — Les juges Létourneau et Pelletier ont statué que le droit de l'appellant à la liberté n'était pas en jeu — Le juge en chef Richard était disposé à présumer que l'art. 7 était en jeu, mais il a statué qu'il n'y avait pas été porté atteinte — Le juge Pelletier a établi une distinction entre l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance et les conséquences d'une telle ordonnance pour l'appellant — Même si le droit de l'appellant à la liberté était mis en jeu, l'art. 38.11(2) ne le prive pas de ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — Appel rejeté.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Appellant charged with terrorist-related offences — Alleging Canada Evidence Act, s. 38.11(2) infringes rights under Charter, s. 11(d) to fair, public trial — Protection of Canada's national security, related intelligence sources pressing and substantial objective — Non-disclosure of evidence, submissions at hearings under s. 38.11(2) rationally connected to objective — Protected information cannot be used against accused at trial — S. 38.11(2) not infringing right to fair trial and if does, does so minimally — Also having no incidence upon appellant's right to public trial — All of state's evidence against appellant put in open courtroom.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'appellant a été inculpé d'infractions liées au terrorisme — Il a fait valoir que l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada porte atteinte à son droit à un procès public et équitable que lui garantit l'art. 11d) de la Charte — La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel — La non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu de l'art. 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif — Les renseignements protégés ne pourront être utilisés contre l'accusé au cours du procès — L'art. 38.11(2) ne porte pas atteinte au droit de l'appellant à un procès équitable et, s'il lui porte atteinte, il le fait d'une manière minimale — Il n'a également aucune incidence sur le droit de l'appellant à un procès public — Toute la preuve qui pèse contre l'appellant sera exposée en audience publique.*

*Evidence — Appellant challenging constitutional validity of Canada Evidence Act, s. 38.11(2) as breaching rights under Charter, ss. 7, 11(d) — Principle of full, frank disclosure in ex parte proceedings fundamental principle of justice — Per Létourneau, Pelletier J.J.A.: appellant's liberty interest not engaged — If were, principles of fundamental justice informed in part by rules of natural justice, concept of procedural fairness — Ex parte proceedings allowing Attorney General to provide Court guidance on intelligence value of information disclosure of which sought, protecting confidentiality of information — Best way to ensure judge's decision as to public interest in non-disclosure well informed — S. 38.11(2) process also not violating Charter, s. 11(d) right to fair trial — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision upholding the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*. The main proceeding is a criminal trial in which the appellant is charged with seven counts under the *Criminal Code* for terrorist-related offences. The lead prosecutor in the criminal case delivered two notices to the Attorney General of Canada pursuant to subsection 38.01(1) of the Act, informing him of the possibility of disclosure of sensitive or potentially injurious information in connection with the criminal proceeding. The Attorney General concluded that some of information could be disclosed while the balance could not, pursuant to section 38.03 of the Act. He decided to make an application to the Federal Court pursuant to subsection 38.04(1) of the Act seeking an order prohibiting the disclosure of the information covered by the notices. Subsection 38.11(2) allows the Attorney General to make *ex parte* representations as of right, and any other party to do the same with leave of the Court. The issue was whether, the *ex parte* procedure contained in subsection 38.11(2) of the Act breaches the appellant's rights under section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether this breach can be justified under section 1 of the Charter.

*Held*, the appeal should be dismissed.

*Per* Richard C.J.: The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has often been recognized by the Supreme Court of Canada. Proceeding on the basis that the appellant's liberty interest was engaged by section 7 of the Charter, the latter was not infringed in these circumstances. The principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair will depend on the context of the case. The law is clear that the specific circumstances of each situation could justify the application of different procedural protections. In this case, the

*Preuve — L'appelant a contesté la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 11d) de la Charte — Le principe d'une divulgation complète et franche dans une audience ex parte est un principe de justice fondamentale — Selon les juges Létourneau et Pelletier; le droit de l'appelant à la liberté n'est pas en jeu — S'il l'était, les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale — Les audiences ex parte permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur des renseignements dont la divulgation est demandée et préservent la confidentialité des renseignements en cause — C'est la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est fondée — Le processus de l'art. 38.11(2) ne porte pas non plus atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'art. 11d) de la Charte — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'instance principale est un procès criminel dans lequel l'appelant est inculpé, en application du *Code criminel*, de sept infractions liées au terrorisme. Le poursuivant principal dans le procès criminel a signifié au procureur général, en application du paragraphe 38.01(1) de la Loi, deux avis qui informaient ce dernier de la possibilité que soient divulgués, dans le cadre de la procédure criminelle, des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Le procureur général a conclu, en application de l'article 38.03 de la Loi, que certains des renseignements pouvaient être divulgués et les autres non. Il a décidé de demander à la Cour fédérale, en application du paragraphe 38.04(1) de la Loi, de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements visés par l'avis. Le paragraphe 38.11(2) donne le droit au procureur général de présenter ses observations en l'absence d'autres parties, et il offre cette possibilité à toute autre partie, si la Cour y consent. Le point à décider était celui de savoir si la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la Loi porte atteinte aux droits conférés à l'appelant par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée par l'article premier de la Charte.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le juge en chef Richard : Le principe d'une divulgation complète et franche dans une audience *ex parte* est un principe de justice fondamentale qui a souvent été reconnu par la Cour suprême du Canada. Si on présume que le droit à la liberté garanti à l'appelant est visé par l'article 7 de la Charte, il n'y a pas eu d'atteinte, dans ces circonstances, à cet article. Les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale. Ce qui est équitable dépend du contexte de l'affaire. Le droit dit clairement que les circonstances propres à chaque cas pourront justifier l'application de protections procédurales

features of subsection 38.11(2) do not fall below the level of fairness required in section 7 of the Charter.

As to whether paragraph 11(d) of the Charter, i.e. the right to a fair trial was breached, the Supreme Court of Canada has recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective. The non-disclosure of evidence or submissions at hearings under subsection 38.11(2) of the Act is rationally connected to that objective. The process to withhold sensitive information set out in section 38 of the Act involves a balancing test in which a judge weighs the public interest in non-disclosure and is empowered to authorize forms and conditions of disclosure to reflect this balancing. None of the protected and excluded information can be used at trial against the accused. Subsection 38.11(2) of the Act does not infringe the appellant's right to a fair trial and, if it does, it does so minimally and can be justified under section 1 of the Charter. When examined in context, the challenged provision strikes a balance between the need for protection of sensitive national security information and the rights of the individual.

*Per Létourneau J.A.:* The impugned process in paragraph 38.11(2) does not affect the appellant's liberty. The documents found at that process to be prejudicial to national security will not be used in the appellant's criminal trial. Only if documents relevant to the appellant's defence are withheld from disclosure will the appellant's liberty interests be affected. This does not result from the *ex parte* process but from the decision on relevancy or disclosure. The *ex parte* process in paragraph 38.11(2) of the Act is designed to prevent a breach of confidentiality of the documents subject to public interest immunity. It is a necessary, reasonable, equitable and practical process to ensure the protection of legitimate privileges and immunities. Such process does not violate section 7 or paragraph 11(d) of the Charter.

*Per Pelletier J.A.:* Section 38 of the *Canada Evidence Act* is a provision of general application. It may be invoked in circumstances which have no element of criminal law where it may, or may not, raise questions of fundamental justice. If the section 38 proceedings engage the appellant's liberty interest, it can only be because the outcome of those proceedings impinges upon the conduct of the criminal trial, in that they may result in an order authorizing the non-disclosure of secret information, that is information in respect of which notice has been given pursuant to section 38.01, which may be relevant to the appellant's defence. In the context of a criminal prosecution, section 38 proceedings raise an issue of full answer and defence because subsections 38.06(2) and (3)

autres. En l'espèce, les dispositions du paragraphe 38.11(2) ne tombent pas en deçà du degré d'équité requis par l'article 7 de la Charte.

Quant à la question de savoir s'il y a eu atteinte à l'alinéa 11d) de la Charte, c'est-à-dire au droit à un procès équitable, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel. La non-divulgation de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu du paragraphe 38.11(2) de la Loi présente un lien rationnel avec cet objectif. La procédure de non-communication de renseignements sensibles qui est exposée à l'article 38 de la Loi requiert une mise en balance au cours de laquelle le juge évalue les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation et il a le pouvoir d'autoriser les formes et conditions de divulgation reflétant cette mise en balance. Aucun des renseignements protégés et exclus ne pourra être utilisé au procès contre l'accusé. Le paragraphe 38.11(2) de la Loi ne porte pas atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable et, s'il lui porte atteinte, il le fait d'une manière minimale, qui peut se justifier par l'article premier de la Charte. Examinée dans son contexte, la disposition contestée établit un équilibre entre la nécessité de protéger des renseignements sensibles concernant la sécurité nationale et les droits de l'individu.

*Le juge Létourneau, J.C.A. :* Le processus contesté qui est exposé au paragraphe 38.11(2) ne porte pas atteinte à la liberté de l'appelant. Les documents jugés, durant ce processus, préjudiciables à la sécurité nationale ne seront pas utilisés dans le procès criminel de l'appelant. Ce n'est que si des documents concernant la défense de l'appelant sont soustraits à la divulgation que l'on pourra dire qu'il est porté atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Cela ne résulte pas de la procédure *ex parte* existante, mais de la décision portant sur la pertinence des renseignements ou sur leur divulgation. La procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la Loi vise à prévenir une atteinte au caractère confidentiel des documents bénéficiant d'une immunité d'intérêt public. Il s'agit d'une procédure nécessaire, raisonnable, équitable et pratique qui garantit la protection de privilèges et d'immunités légitimes. Cette procédure ne contrevient pas à l'article 7 ou à l'alinéa 11d) de la Charte.

*Le juge Pelletier, J.C.A. :* L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* est une disposition d'application générale. Elle peut être invoquée dans des circonstances qui n'ont rien à voir avec le droit criminel et qui ne soulèvent pas nécessairement des questions de justice fondamentale. Si la procédure de l'article 38 met en jeu le droit de l'appelant à la liberté, ce ne peut être que parce que l'issue d'une telle procédure empiète sur le déroulement du procès criminel, en ce sens qu'elle peut se solder par une ordonnance autorisant la non-divulgation de renseignements secrets, c'est-à-dire les renseignements à l'égard desquels un avis a été signifié conformément à l'article 38.01, et qui peuvent concerner la défense de l'appelant. Dans le contexte d'une poursuite pénale,

authorize the withholding of information which may be relevant to the defence of the criminal charges. An order which deprives an accused of information relevant to his defence raises issues of full answer and defence, and of the case to be met. It is also clear that *ex parte* proceedings raise an issue of procedural fairness, an issue best described by the maxim *audi alteram partem*. However, the requirements of fundamental justice apply differently as between the fairness of the process leading to the making of an order under subsection 38.06(2) or (3) and the consequences of such an order for the appellant's trial on the criminal charges pending against him. The appellant's liberty is not affected by the process leading to a decision under subsection 38.06(1),(2) or (3), but may be affected by the making of an order thereunder. This is not to say that subsection 38.11(2) does not raise an issue of procedural fairness, which arises whether the criminal process is engaged or not. *Ex parte* proceedings authorized under subsection 38.11(2) do not raise issues of full answer and defence, and of knowing the case to be met. Neither do they engage the appellant's liberty interest simply because those proceedings have no impact upon his liberty interest even though the product of those proceeding may do so. Even if the appellant's liberty interest is engaged, subsection 38.11(2) proceedings do not affect that liberty interest other than in accordance with the principles of fundamental justice.

Another issue was whether *ex parte* proceedings are unfair in the context of section 38 proceedings. *Ex parte* proceedings serve two purposes: they allow the Attorney General to provide the Court guidance on the intelligence value, if any, of information the disclosure of which is sought, and they protect the confidentiality of that information at the same time. They are unfair because the affected party is not able to challenge the positions taken by the other party, thereby depriving the decision maker of the advantages of the adversarial system. Once the application of section 38 and its related provisions has been triggered, there is a blanket prohibition on disclosure which applies to the judge disposing of the section 38 application. Given this blanket prohibition, the judge presiding over a section 38 proceeding has no power to disclose, or to order the disclosure of, the secret information for the purpose of the section 38 application itself. The Court could not order, and the Attorney General could not be compelled to provide, disclosure of the secret information to the appellant, or anyone appointed on his behalf. The disallowance of *ex parte* proceedings would have the unintended consequence of reducing, rather than increasing scrutiny of the Attorney General's allegations with respect to injury to national security without providing any additional protection for the accused

la procédure de l'article 38 soulève la question du droit de présenter une défense pleine et entière parce que les paragraphes 38.06(2) et (3) autorisent la non-divulgaration de renseignements qui peuvent concerner la défense d'un accusé à l'encontre d'accusations criminelles. Une ordonnance qui prive un accusé de renseignements concernant sa défense soulève la question de son droit de présenter une défense pleine et entière et de connaître les éléments invoqués contre lui. Il est également clair que les audiences *ex parte* soulèvent une question d'équité procédurale, une question qui ne saurait être mieux circonscrite que par la maxime *audi alteram partem*. Cependant, les exigences de la justice fondamentale s'appliquent différemment, selon qu'il s'agit de l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance selon les paragraphes 38.06(2) ou (3), ou des conséquences d'une telle ordonnance quant au procès de l'appellant sur les accusations criminelles portées contre lui. La liberté de l'appellant n'est pas réduite par le processus conduisant à une décision fondée sur l'un des paragraphes 38.06(1), (2) ou (3), mais peut être réduite par le prononcé d'une ordonnance fondée sur l'un de ces paragraphes. Cela ne veut pas dire que le paragraphe 38.11(2) ne soulève pas une question d'équité procédurale, qui se pose que la procédure criminelle soit engagée ou non. Les audiences *ex parte* qu'autorise le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en cause la question du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, ni la question du droit d'un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui. Elles ne mettent pas non plus en jeu le droit de l'appellant à la liberté, et cela simplement parce qu'elles n'ont aucune incidence sur son droit à la liberté, même si l'issue de telles procédures peut avoir une telle incidence. Même si le droit de l'appellant à la liberté est en jeu, la procédure du paragraphe 38.11(2) ne réduit pas ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Se pose également la question de savoir si les audiences *ex parte* sont injustes dans le contexte de la procédure de l'article 38. Les audiences *ex parte* ont deux objets : elles permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur, le cas échéant, des renseignements dont la divulgation est demandée et, simultanément, elles préservent la confidentialité des renseignements en cause. Elles ne sont pas équitables parce que la partie concernée n'est pas en mesure de contester les positions adoptées par l'autre partie, privant ainsi le décideur des avantages du système accusatoire. Une fois déclenchée l'application de l'article 38 et de ses dispositions connexes, il y a interdiction générale de divulgation, interdiction qui s'applique au juge appelé à statuer sur la demande. Étant donné cette interdiction générale, le juge qui préside une instance introduite en vertu de l'article 38 n'a pas le pouvoir de procéder à la divulgation, ou d'ordonner la divulgation, des renseignements secrets aux fins de la demande elle-même présentée en vertu de l'article 38. La Cour ne pourrait pas ordonner, et le procureur général ne pourrait pas être contraint d'assurer, la divulgation des renseignements secrets à l'appellant, ou à quiconque nommé en son nom. L'interdiction de la tenue d'audiences *ex parte* aurait pour conséquence inattendue de réduire, au lieu d'accroître,

person's interests. The capacity of the decision maker to arrive at a fair and prudent decision has in the circumstances been improved, over what it would otherwise have been, by the fact of *ex parte* proceedings. The absence of the appellant means that the Attorney General could speak freely and specifically of the risks of disclosure but more importantly, the applications Judge could ask specific questions and expect specific answers. The appellant failed to show that subsection 38.11(2) is constitutionally invalid for depriving him of his right to liberty other than in accordance with the principles of fundamental justice. *Ex parte* proceedings appear to be the best way to ensure that the judge's decision as to the public interest in non-disclosure is as well informed as it could be. The appellant's challenge to subsection 38.11(2) on the basis that it infringed his right to a fair and public trial also failed. Nothing in subsection 38.11(2) has any incidence upon his right to a public trial. All of the state's evidence against him will be put in an open courtroom.

l'examen des allégations du procureur général portant sur le préjudice à la sécurité nationale, sans pour autant fournir une protection additionnelle aux droits de l'accusé. La capacité de l'instance décisionnelle d'arriver à une décision équitable et raisonnable a, dans ces conditions, été améliorée, grâce aux audiences *ex parte*, par rapport à ce qu'elle aurait été autrement. L'absence de l'appelant signifie que le procureur général peut parler librement et explicitement des risques que pose la divulgation, mais, aspect plus important, le juge de première instance peut lui poser des questions précises et compter sur des réponses précises. L'appelant n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) est invalide sur le plan constitutionnel parce qu'il le prive de son droit à la liberté autrement qu'en accord avec les principes de justice fondamentale. La tenue d'audiences *ex parte* semble la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est aussi informée qu'elle pourrait l'être. La contestation par l'appelant du paragraphe 38.11(2) au motif que cette disposition porte atteinte à son droit à un procès public et équitable n'était pas non plus recevable. Le paragraphe 38.11(2) n'a aucune incidence sur son droit à un procès public. Toute la preuve qui pèse contre lui sera exposée en audience publique.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 "potentially injurious information" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), (2) (as enacted *idem*, s. 43), 38.03 (as enacted *idem*), 38.04(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), (5) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (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, 7, 11.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).

#### 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, 7, 11.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » 38.01 (édicte, *idem*), (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.02(1) (édicte, *idem*, art. 43, 141), (2) (édicte, *idem*, art. 43), 38.03 (édicte, *idem*), 38.04(1) (édicte, *idem*, art. 43, 141), (5) (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*).

#### 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; *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; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Charkouli c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *La Reine c. Oakes*,

C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *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; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554; (2006), 266 D.L.R. (4th) 101; 207 C.C.C. (3d) 225; 37 C.R. (6th) 1; 140 C.R.R. (2d) 1; 210 O.A.C. 200; 2006 SCC 15; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547; (2007), 219 C.C.C. (3d) 305; 47 C.R. (6th) 346; 2007 FC 490.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621; 2007 FC 463; *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; *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; *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 92 N.R. 292 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Attorney General of Manitoba v. National Energy Board*, [1974] 2 F.C. 502; (1974), 48 D.L.R. (3d) 73 (T.D.); *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; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2001), 221 F.T.R. 310; 2002 FCT 839; *Application under s. 83.23 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248; (2004), 240 D.L.R. (4th) 81; [2005] 2 W.W.R. 605; 199 B.C.A.C. 45; 33 B.C.L.R. (4th) 195; 184 C.C.C. (3d) 449; 21 C.R. (6th) 82; 121 C.R.R. (2d) 1; 322 N.R. 205; 2004 SCC 42; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32; (2006), 271 D.L.R. (4th) 407; 350 N.R. 154; 2006 SCC 31.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 621; 2007 FC 463) upholding the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*. Appeal dismissed.

[1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554; 2006 CSC 15; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547; 2007 CF 490.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717; *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1<sup>re</sup> inst.); *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839; *Demande fondée sur l'art. 83.23 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248; 2004 CSC 42; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32; 2006 CSC 31.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463), qui a confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Appel rejeté.

## APPEARANCES:

*Lawrence Greenspon and Eric Granger* for appellant.

*Linda J. Wall* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Greenspon, Brown & Associates*, Ottawa, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] RICHARD C.J.: This proceeding arises from a challenge to the constitutional validity of subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] [hereinafter also CEA or Act] by the the appellant, Mohammad Momin Khawaja, and comes before us as the result of an appeal from a judgment of Chief Justice Lutfy of the Federal Court upholding the constitutional validity of that provision (*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.)).

[2] Subsection 38.11(2) of the Act reads as follows:

**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*.

[3] Subsection 38.11(2) allows the Attorney General to make *ex parte* representations as of right, and any other party to do the same with leave of the Court. *Ex parte* means a procedural step that is taken for the benefit of one party only and no notice is given to the adverse party (*Attorney General of Manitoba v. National*

## ONT COMPARU :

*Lawrence Greenspon et Eric Granger* pour l'appellant.

*Linda J. Wall* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Greenspon, Brown & Associates*, Ottawa, pour l'appellant.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD : La présente instance résulte de la contestation, par l'appellant, Mohammad Momin Khawaja, de la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] (la LPC). L'appellant prie la Cour de casser le jugement du juge en chef Lutfy, de la Cour fédérale, qui a confirmé la validité constitutionnelle de cette disposition : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.).

[2] Le paragraphe 38.11(2) de la LPC est ainsi formulé :

**38.11 (1) [...]**

(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).

[3] Le paragraphe 38.11(2) donne le droit au procureur général de présenter ses observations en l'absence d'autres parties, et il offre cette possibilité à toute autre partie, si la Cour y consent. Une audience *ex parte* s'entend d'une mesure prise à l'avantage d'une partie seulement, sans qu'avis ne soit donné à l'autre partie :

*Energy Board*, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.)). *Ex parte* proceedings do not have to be held *in camera* (*Ruby* [*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3], at paragraph 26). It should be noted that the appellant in this case is not challenging the provisions of subsection 38.11(1) [as enacted *idem*], which deal with *in camera* proceedings, simply subsection 38.11(2) and the *ex parte* process.

[4] Section 38 [see paragraph 102 of these reasons] of the *Canada Evidence Act* establishes a scheme for dealing with information which, if disclosed, would cause injury to Canada's national security, or international relations or national defence. The latter is not relevant in this proceeding.

[5] The section 38 process is preliminary or ancillary to the main proceeding. Here the main proceeding is a criminal trial.

[6] The representations referred to in subsection 38.11(2) arise in the course of an application commenced as the result of a notice given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(2) [as enacted *idem*, s. 43] which reads:

**38.01 (1) ...**

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

[7] Where a participant in a proceeding is required or expects to disclose information that is potentially sensitive or injurious to national security, national defence, or international relations, this participant is required to give notice to the Attorney General of Canada as soon as possible pursuant to subsection 38.01(1) [as enacted *idem*] of the *Canada Evidence Act*. The Attorney General can either authorize the disclosure of the information pursuant to section 38.03 [as enacted

*Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie*, [1974] 2 C.F. 502 (1<sup>re</sup> inst.). Il n'est pas nécessaire qu'une audience *ex parte* se déroule à huis clos (arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* [[2002] 4 R.C.S. 3], au paragraphe 26). Il convient de noter que l'appelant ne conteste pas les dispositions du paragraphe 38.11(1) [édicte, *idem*], qui traite des audiences à huis clos, simplement les dispositions du paragraphe 38.11(2) et la procédure *ex parte*.

[4] L'article 38 de la LPC fixe le régime [voir le paragraphe 102 des présents motifs] d'après lequel sont traités les renseignements dont la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale du Canada. Celle-ci ne concerne pas la présente instance.

[5] La procédure prévue par l'article 38 est une instance préliminaire, ou accessoire à l'instance principale. Ici, l'instance principale est un procès criminel.

[6] Les observations dont parle le paragraphe 38.11(2) ont lieu dans le cadre d'une demande déposée à la suite d'un avis signifié au procureur général conformément au paragraphe 38.01(2) [édicte, *idem*, art. 43], lequel est ainsi formulé :

**38.01 (1) [...]**

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

[7] Lorsqu'une partie à une instance est tenue de divulguer ou prévoit divulguer des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, elle doit en donner avis dès que possible au procureur général du Canada, en application du paragraphe 38.01(1) [édicte, *idem*] de la LPC. Le procureur général peut soit autoriser la divulgation des renseignements conformément à



*idem*] of the *Canada Evidence Act*, or else may make an application to the Federal Court pursuant to subsection 38.04(1) [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act* seeking an order prohibiting the disclosure of the information covered by the notice.

[8] The Federal Court then proceeds with the section 38 application pursuant to subsection 38.04(5) [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, and determines the parties to the application. The Federal Court is then ultimately asked to make an order pursuant to section 38.06 [as enacted *idem*, s. 43] of the *Canada Evidence Act* by applying the following three-step process (*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraphs. 17–21).

(a) Is the information in question relevant to the proceeding in which disclosure is sought? If no, the information should not be disclosed. If yes, then,

(b) Will disclosure of the information in question be injurious to national security, national defence, or international relations? If no, the information should be disclosed. If yes, then,

(c) Does the public interest in disclosure of the information in question outweigh the public interest in prohibiting disclosure of the information in question? If yes, then the information should be disclosed. If no, then the information should not be disclosed.

[9] The first two steps consist of an inquiry as to whether the information is relevant and, if so, whether its disclosure would be injurious to national security, international affairs or national defence, while the third step consists of a balancing of competing interests.

[10] In drafting section 38 of the Act, the legislator included a number of significant procedural protections which circumscribe the right of non-disclosure, including the following:

l'article 38.03 [édicte, *idem*] de la LPC, soit prier la Cour fédérale, en application du paragraphe 38.04(1) [édicte, *idem*, art. 43, 141], de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements visés par l'avis.

[8] La Cour fédérale étudie alors, comme le prévoit le paragraphe 38.04(5) [édicte, *idem*, art. 43, 141] de la LPC, la demande présentée en vertu de l'article 38 et détermine les parties à la demande. Puis elle rend une ordonnance en application de l'article 38.06 [édicte, *idem*, art. 43] de la LPC, en appliquant le processus suivant, un processus en trois étapes (*Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), aux paragraphes 17 à 21).

a) Les renseignements en cause intéressent-ils l'instance au cours de laquelle leur divulgation est demandée? Dans la négative, les renseignements ne doivent pas être divulgués. Dans l'affirmative, alors,

b) La divulgation des renseignements en cause sera-t-elle préjudiciable à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales? Dans la négative, les renseignements doivent être divulgués. Dans l'affirmative, alors,

c) Les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation des renseignements en cause l'emportent-elles sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation des renseignements en cause? Dans l'affirmative, les renseignements doivent alors être divulgués. Dans la négative, les renseignements ne doivent pas être divulgués.

[9] Les deux premières étapes consistent à se demander si les renseignements sont pertinents et, dans l'affirmative, si leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale, tandis que, pour la troisième étape, il s'agit de mettre en balance des intérêts rivaux.

[10] Lorsqu'il a rédigé l'article 38 de la LPC, le législateur y a inséré plusieurs importantes protections procédurales qui circonscrivent le droit de non-divulgation, à savoir les protections suivantes :

- (i) Section 38.03 authorizes the Attorney General to disclose all or part of the information at any time;
- (ii) Parliament has authorized the designated judge to consider the conditions of disclosure most likely to limit injury to national security in subsection. 38.06(2) of the CEA;
- (iii) Sections 38.09 [as enacted *idem*, s. 43] and 38.1 [as enacted *idem*] of the CEA provide, respectively, an appeal as of right to the Federal Court of Appeal and, with leave, to the Supreme Court of Canada;
- (iv) Section. 38.14 [as enacted *idem*] of the CEA establishes additional procedural safeguards to protect the right of the accused to a fair trial, including allowing the trial judge to stay criminal charges;
- (v) Subsection. 38.11(2) of the CEA gives 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.

i) selon l'article 38.03, le procureur général peut autoriser à tout moment la divulgation de la totalité ou d'une partie des renseignements;

ii) le législateur a autorisé, au paragraphe 38.06(2) de la LPC, le juge désigné à envisager les conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale;

iii) les articles 38.09 [édicte, *idem*, art. 43] et 38.1 [édicte, *idem*] de la LPC prévoient respectivement un appel de plein droit devant la Cour d'appel fédérale et, avec autorisation, devant la Cour suprême du Canada;

iv) l'article 38.14 [édicte, *idem*] de la LPC établit des sauvegardes procédurales additionnelles destinées à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, en autorisant notamment le juge de première instance à ordonner l'arrêt des accusations criminelles;

v) le paragraphe 38.11(2) de la LPC donne à la partie qui demande la divulgation de renseignements secrets la possibilité, de présenter ses observations en l'absence de toute autre partie, y compris du procureur général.

[11] Subsection 38.11(2) is not an autonomous provision applied independently of the other sections in section 38 of the Act. This subsection refers to subsections 38.04(5) and 38.06(1) to (3). Although subsection 38.11(2) only refers to the *ex parte* procedure, this procedure is only necessary if non-disclosure of confidential information is requested by the Attorney General.

[11] Le paragraphe 38.11(2) n'est pas une disposition autonome devant s'appliquer indépendamment des autres dispositions de l'article 38 de la LPC. Ce paragraphe renvoie aux paragraphes 38.04(5) et 38.06(1) à (3). Le paragraphe 38.11(2) ne parle que de l'instance *ex parte*, mais cette instance n'est nécessaire que si la non-divulgation de renseignements confidentiels est demandée par le procureur général.

[12] As stated earlier, the main proceeding is a criminal trial in which the appellant stands charged on an indictment alleging a total of seven counts under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 [ss. 83.01–83.33 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4)] for terrorist-related offences. The appellant is in custody awaiting trial in the Ontario Superior Court of Justice.

[12] Comme je l'ai dit plus haut, l'instance principale est un procès criminel dans lequel l'appelant est inculpé, en application du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 [art. 83.01 à 83.33 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 4)], d'un total de sept infractions liées au terrorisme. L'appelant, qui est en détention, attend d'être jugé devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[13] The lead prosecutor in the criminal case delivered two notices to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) of the *Canada Evidence Act*, in relation to the documents which the prosecution had disclosed or expected to disclose to the defence in the

[13] Le poursuivant principal dans le procès criminel a signifié deux avis au procureur général, en application du paragraphe 38.01(1) de la LPC, à propos des documents que la poursuite avait communiqués, ou prévoyait de communiquer, à la défense dans le procès

criminal case. The notices informed the Attorney General of the possibility of disclosure of sensitive or potentially injurious information in connection with the criminal proceeding. In relation to each of the notices, the Attorney General concluded that some of the information could be disclosed while the balance could not, pursuant to section 38.03 of the *Canada Evidence Act*. Following this, the section 38 application was commenced at the Federal Court.

[14] The disclosure by the prosecutor in the main proceeding was made pursuant to the *Stinchcombe* rule (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326). This rule which is applicable to criminal proceedings provides that the Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence. However, Crown counsel has a duty to respect the rules of privilege and to protect the identity of informers. Discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. The absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure. This privilege is reviewable on the ground that it is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence in a particular case (*Stinchcombe*, at pages 339-340).

[15] The appellant is not challenging the *Stinchcombe* disclosure made by the lead prosecutor but the process by which the Attorney General of Canada can claim a national security privilege for certain documents or passages of certain documents proposed to be disclosed by the lead prosecutor.

[16] The information at issue in the application is in the possession of several agencies, including the RCMP, the Canada Border Services Agency and the Canadian Security Intelligence Service. It is found in documents contained in a total of 23 binders filed with the Federal Court, in two sets, respectively, of 18 binders and 5 binders.

[17] The Attorney General filed several private affidavits explaining in general terms the need to protect

criminel. Les avis informaient le procureur général de la possibilité que soient divulgués, dans le cadre de la procédure criminelle, des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Pour chacun des avis, le procureur général a conclu, en application de l'article 38.03 de la LPC, que certains des renseignements pouvaient être divulgués et les autres non. C'est alors que la demande prévue par l'article 38 a été déposée devant la Cour fédérale.

[14] Le poursuivant dans l'instance principale a procédé à la divulgation des renseignements en application de la règle *Stinchcombe* (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326). Selon cette règle, qui est applicable aux instances criminelles, le ministère public a l'obligation légale de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Cependant, il incombe à l'avocat du ministère public de respecter les règles du privilège de non-divulgation et de taire l'identité des indicateurs. Il doit aussi montrer du discernement en ce qui concerne la pertinence des renseignements. Le refus absolu de divulguer des renseignements qui sont utiles pour la défense ne peut se fonder que sur l'existence d'un privilège légal soustrayant lesdits renseignements à la divulgation. Ce privilège peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire s'il ne constitue pas une limite raisonnable au droit de présenter une défense pleine et entière dans un cas donné (arrêt *Stinchcombe*, aux pages 339 et 340).

[15] L'appelant ne conteste pas la divulgation faite par le poursuivant principal en vertu de l'arrêt *Stinchcombe*, mais plutôt la procédure qui permet au procureur général du Canada d'alléguer un privilège fondé sur la sécurité nationale pour certains documents, ou des passages de certains documents, que le poursuivant principal se propose de divulguer.

[16] Les renseignements en cause dans la demande sont en la possession de plusieurs organismes, dont la GRC, l'Agence des services frontaliers du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité. Ils se trouvent dans des documents contenus dans un total de 23 classeurs déposés auprès de la Cour fédérale, répartis en deux ensembles de 18 et 5 classeurs respectivement.

[17] Le procureur général a déposé plusieurs affidavits privés expliquant en termes généraux la nécessité de

the information at issue from disclosure. Several *ex parte* affidavits were also filed.

[18] Counsel for the appellant received the private affidavits and redacted copies of all of the documents containing the information sought to be protected from disclosure or further disclosure on the section 38 application.

[19] The appellant's counsel cross-examined each of the private affiants on their affidavits.

[20] The appellant did not request the opportunity to make *ex parte* representations on behalf of the appellant.

[21] In *Canada (Attorney General) v. Ribic*, this Court held that “[t]he application to a judge of the Trial Division is an application whereby the judge is required to make an initial determination, i.e., to determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not: see subsection 38.06(3)... which says that if the judge does not authorize disclosure, he or she shall, by order, confirm the prohibition of disclosure. In proceedings under section 38.04, the judge is required to make his own decision as to whether the statutory ban ought to be lifted or not and issue an order accordingly” (at paragraph 15).

[22] The appellant claims that his rights under section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) have been breached during the course of this proceeding by reason of the Judge hearing the application having given the Attorney General of Canada the opportunity to make representations *ex parte* pursuant to subsection 38.11(2). These representations took the form of affidavits, written memoranda and oral submissions.

[23] The question to be determined is whether the *ex parte* procedure contained in subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* breaches the appellant's rights under section 7 and/or paragraph 11(d) of the Charter and, if so, whether this breach can be justified under section 1 of the Charter. These rights read as follows:

soustraire les renseignements en cause à la divulgation. Plusieurs affidavits *ex parte* ont également été déposés.

[18] L'avocat de l'appelant a reçu les affidavits privés, et des copies expurgées de tous les documents contenant les renseignements que la demande présentée selon l'article 38 vise à soustraire à la divulgation ou à une divulgation complémentaire.

[19] L'avocat de l'appelant a contre-interrogé chacun des déposants privés au sujet de leurs affidavits.

[20] L'appelant n'a pas demandé qu'on puisse présenter des observations *ex parte* en son nom.

[21] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, la Cour a jugé que « [l]a demande adressée à un juge de la Section de première instance est une demande par laquelle le juge est prié de rendre une décision initiale, c'est-à-dire de décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée : voir le paragraphe 38.06(3) [...], qui dit que, si le juge n'autorise pas la divulgation, il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation. Dans une procédure selon l'article 38.04, le juge est tenu de décider par lui-même si l'interdiction législative doit être levée ou non et de rendre une ordonnance en conséquence » (au paragraphe 15).

[22] L'appelant dit qu'il a été porté atteinte, au cours de la présente instance, aux droits que lui reconnaît l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), parce que le juge qui a instruit la demande a donné au procureur général du Canada la possibilité de présenter des observations *ex parte*, en application du paragraphe 38.11(2). Ces observations ont pris la forme d'affidavits, de documents et de conclusions orales.

[23] Le point à décider est celui de savoir si la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC porte atteinte aux droits conférés à l'appelant par l'article 7 et (ou) par l'alinéa 11d) de la Charte et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut se justifier selon l'article premier de la Charte. Les droits en question sont ainsi formulés :

1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

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.

...

11. Any person charged with an offence has the right

...

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

[24] At the outset, I note that subsection 38.11(2) applies to all proceedings and not only to criminal proceedings. Therefore, it may arise in circumstances where paragraph 11(d) of the Charter is not engaged.

[25] I also note that in all cases the duty of counsel appearing on behalf of the Ministers in an *ex parte* proceeding is one of utmost good faith in the representations made to the judge. No relevant information may be withheld during these proceedings (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.)). The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has often been recognized by the Supreme Court (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, at paragraph 27).

[26] The appellant has described the issue in dispute as “whether or not subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* accords with the principles of fundamental justice and whether or not subsection 38.11(2) infringed Khawaja’s right to a fair trial pursuant to subsection 11(d) of the *Charter*” (appellant’s factum, at paragraph 27). Furthermore, “the real problem created by subsection 38.11(2), ... is the inability for the accused to be represented and for the interests of the accused to be fully advanced or advanced at all in the *ex parte* sessions” (appellant’s factum, at paragraph. 60).

1. *La Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[...]

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. Tout inculpé a le droit :

[...]

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.

[24] Je relève d’emblée que le paragraphe 38.11(2) s’applique à toutes les instances, et pas seulement aux instances de nature criminelle. Il peut donc intervenir dans des cas où l’alinéa 11d) de la Charte n’est pas en jeu.

[25] Je relève aussi que, dans tous les cas, l’obligation de l’avocat qui comparaît au nom des ministres dans une audience *ex parte* est une obligation d’absolue bonne foi lorsqu’il présente des observations au juge. Aucun renseignement pertinent ne peut être soustrait à la divulgation durant une telle audience (arrêt *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.)). Le principe d’une divulgation complète et franche dans une audience *ex parte* est un principe de justice fondamentale qui a souvent été reconnu par la Cour suprême (arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, au paragraphe 27).

[26] L’appelant a décrit ainsi le point en litige : [TRADUCTION] « le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s’accorde-t-il ou non avec les principes de justice fondamentale et a-t-il ou non porté atteinte au droit de M. Khawaja à un procès équitable, un droit que lui reconnaît l’alinéa 11d) de la *Charte*? » (mémoire de l’appelant, au paragraphe 27). Par ailleurs, [TRADUCTION] « la réelle difficulté suscitée par le paragraphe 38.11(2) [...] est l’impossibilité pour l’accusé d’être représenté, et l’impossibilité pour les intérêts de l’accusé d’être pleinement défendus, si tant

[27] The respondent's position is that "the outcome of the process under section 38 of the *CEA* has no direct or immediate impact on any liberty interest. The section 38 process is preliminary or ancillary to the main 'proceeding'" (respondent's factum, at paragraph 63). However, the respondent also acknowledges that "the Appellant's liberty interest is potentially engaged by the section 38 *CEA* process; however, it is crucial to examine the context" (respondent's factum, at paragraph 21).

[28] I propose to examine firstly the appellant's claim that section 7 of the Charter is infringed. In his reasons, Lutfy C.J. determined that, given the nature of the criminal charges against the appellant, "the respondent's liberty interests as protected under section 7 are engaged" (reasons for order, at paragraph 29). For the purpose of this appeal, I am prepared to proceed on the basis that the appellant's liberty interest is engaged by section 7 of the Charter.

[29] However, for the reasons given by the Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 and *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, as well as in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, I conclude that section 7 of the Charter had not been infringed in these circumstances. The Supreme Court of Canada has held that "[t]he scope of principles of fundamental justice will vary with the context and the interests at stake" (*Chiarelli*, at page 743). That Court has also held that fundamental justice does not compel full disclosure of government national security information and that *ex parte* features of legislation do not fall below the level of fairness required in this section of the Charter (*Ruby*, at paragraph 21).

[30] In *Ruby*, which cites *Chiarelli* extensively, Justice Arbour explained that "[t]he principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair in a

est qu'ils puissent l'être, durant les audiences *ex parte* » (mémoire de l'appellant, au paragraphe 60).

[27] Selon l'intimé, [TRADUCTION] « l'issue de la procédure prévue par l'article 38 de la *LPC* n'a aucune répercussion directe ou immédiate sur un quelconque droit à la liberté. Il s'agit d'une procédure préliminaire, ou accessoire à la "procédure" principale » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 63). Cependant, l'intimé reconnaît aussi que [TRADUCTION] « le droit de l'appellant à la liberté pourrait être mis en jeu par la procédure de l'article 38 de la *LPC*; cependant, il est indispensable d'examiner le contexte » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 21).

[28] Je me propose d'examiner d'abord l'argument de l'appellant selon lequel il y a atteinte à l'article 7 de la Charte. Dans ses motifs, le juge en chef Lutfy a estimé que, vu la nature des accusations criminelles contre l'appellant, « le droit à la liberté garanti par l'article 7 au défendeur est en jeu » (motifs de l'ordonnance, au paragraphe 29). Aux fins du présent appel, je suis disposé à présumer que le droit à la liberté garanti à l'appellant est visé par l'article 7 de la Charte.

[29] Cependant, pour les motifs exposés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, et dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, ainsi que dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, j'arrive à la conclusion qu'il n'a pas été porté atteinte, dans ces circonstances, à l'article 7 de la Charte. Selon la Cour suprême du Canada, « [l]a portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu » (arrêt *Chiarelli*, à la page 743). La Cour suprême a aussi jugé que la justice fondamentale n'emporte pas divulgation intégrale des renseignements en la possession du gouvernement qui concernent la sécurité nationale et que les dispositions législatives requérant la tenue d'audiences *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de cette disposition de la Charte (arrêt *Ruby*, au paragraphe 51).

[30] Dans l'arrêt *Ruby*, où l'arrêt *Chiarelli* est cité abondamment, la juge Arbour expliquait que « [l]es règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice

particular case will depend on the context of the case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743” (*Ruby*, at paragraph 39). Justice Arbour also cites La Forest J. for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 361, and quoted with approval in *Chiarelli*, at page 743:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

Justice Arbour, at paragraph 39, continues to say that:

In assessing whether a procedure accords with the principles of fundamental justice, it may be necessary to balance the competing interests of the state and individual: *Chiarelli*, *supra*, at p. 744, citing *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. It is also necessary to consider the statutory framework within which natural justice is to operate. The statutory scheme may necessarily imply a limit on disclosure. “The extent of the disclosure required by natural justice may have to be weighed against the prejudice to the scheme of the Act which disclosure may involve”: W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 509. See also *Baker*, *supra*, at para. 24.

[31] The law is clear in saying that the specific circumstances of each situation could justify the application of different procedural protections. In some contexts, procedural protections will be constitutionally mandated, but not in others. I believe that in the situation before me, the features of subsection 38.11(2) do not fall below the level of fairness required in section 7 of the Charter.

fondamentale. Ce qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743 » (arrêt *Ruby*, au paragraphe 39). La juge Arbour cite aussi le juge La Forest, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires de la Cour suprême dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361 (cité avec approbation dans l’arrêt *Chiarelli*, à la page 743) :

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l’équité en matière de procédure (voir, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l’être dans une autre.

La juge Arbour, au paragraphe 39, poursuit ainsi :

Pour juger si une procédure est conforme à la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l’État et du particulier : *Chiarelli*, précité, p. 744, citant *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539. Il est également nécessaire d’examiner le cadre législatif dans lequel doivent être appliquées les règles de justice naturelle. Ce cadre peut, par nécessité, impliquer la restriction de la communication de la preuve : [TRADUCTION] « L’étendue de la communication de la preuve requise par la justice naturelle peut devoir être appréciée au regard du préjudice que la communication est susceptible de causer au régime établi par la Loi » : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8<sup>e</sup> éd. 2000), p. 509. Voir également l’arrêt *Baker*, précité, par. 24.

[31] Le droit dit clairement que les circonstances propres à chaque cas pourront justifier l’application de protections procédurales autres. Dans certains contextes, les protections procédurales auront une origine constitutionnelle, mais non dans d’autres. Je crois que, dans l’affaire dont je suis saisi, les dispositions du paragraphe 38.11(2) ne tombent pas en deçà du degré d’équité requis par l’article 7 de la Charte.

[32] I now turn to the claim of Charter breach under paragraph 11(d) of the Charter, i.e. the right to a fair trial.

[33] It is not inappropriate at this stage to recall that the Supreme Court of Canada has already recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 68).

[34] The *ex parte* provision applies at each of the three steps of the judge's inquiry under section 38 of the *Canada Evidence Act*.

[35] I propose to examine the legislated provisions for *in camera* and *ex parte* proceedings at each of the three steps that *Ribic* has mandated.

[36] The first is the issue of relevance. At this first step, the role of the judge, as described in *Ribic*, at paragraph 17, is:

The first task of a judge hearing an application is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the *Stinchcombe* rule, that is to say in the case at bar information, whether inculpatory or exculpatory, that may reasonably be useful to the defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at page 740. This is undoubtedly a low threshold. This step remains a necessary one because, if the information is not relevant, there is no need to go further and engage scarce judicial resources. This step will generally involve an inspection or examination of the information for that purpose. The onus is on the party seeking disclosure to establish that the information is in all likelihood relevant evidence.

[37] It should be noted that the *Stinchcombe* obligation to disclose is imposed by law and not by the *Canada Evidence Act*. The designated judge is examining the relevance of documents already proposed to be produced by the Crown prosecutor. The judge is dealing only with those documents and is not called upon to determine whether other documents exist or should be produced.

[32] Je passe maintenant à l'affirmation selon laquelle il y a eu atteinte à l'alinéa 11d) de la Charte, c'est-à-dire atteinte au droit à un procès équitable.

[33] Il n'est pas inopportun à ce stade de rappeler que la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel (arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 68).

[34] Les dispositions relatives aux instances *ex parte* s'appliquent à chacune des trois étapes de l'examen entrepris par le juge en vertu de l'article 38 de la LPC.

[35] Je me propose d'examiner les dispositions relatives aux audiences à huis clos et aux audiences *ex parte* pour chacune des trois étapes imposées dans l'arrêt *Ribic*.

[36] La première étape concerne la question de la pertinence. Pour cette première étape, le rôle du juge, décrit dans l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 17, est le suivant :

La première tâche d'un juge qui instruit une demande consiste à dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle exposée dans l'arrêt *Stinchcombe*, plus précisément, dans le cas qui nous occupe, de dire si les renseignements, qu'il s'agisse d'éléments de preuve à charge ou à décharge, pourraient raisonnablement être utiles pour la défense : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la page 740. Il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau. Cette étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de mobiliser des ressources judiciaires comptées. Cette étape nécessitera en général, à cette fin, une inspection ou un examen des renseignements. C'est à la partie qui demande leur divulgation qu'il appartient de prouver que les renseignements sont très probablement des éléments de preuve pertinents.

[37] Il convient de noter que l'obligation de divulguer, énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*, résulte du droit, et non de la LPC. Le juge désigné examine la pertinence de documents que l'avocat du ministère public se propose déjà de communiquer. Le juge ne considère que ces documents, il n'est pas invité à dire si d'autres documents existent ou devraient être communiqués.



[38] As stated in *Ribic*, the test for relevance is a low threshold (*Ribic*, at paragraph 17).

[39] The presence of counsel for the accused at this stage would not assist counsel for the accused person in obtaining the disclosure of additional documents. Any concerns that counsel may have that the test of relevance could be made without the judge being aware of the theory of the defence can be addressed by counsel of the accused persons requesting an *ex parte* hearing with the judge.

[40] The next step for the judge to follow, as described in *Ribic*, at paragraphs 18-20 is:

Where the judge is satisfied that the information is relevant, the next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. This second step will also involve, from that perspective, an examination or inspection of the information at issue. The judge must consider the submissions of the parties and their supporting evidence. He must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Secretary of State for the Home Department v. Tehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at paragraph 55. It is a given that it is not the role of the judge to second-guess or substitute his opinion for that of the executive. As Lord Hoffmann said in *Rehman*, at paragraph 762 in relation to the September 11 events in New York and Washington, referred to in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33:

They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decision, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

This means that the Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his

[38] Comme on peut le lire dans l'arrêt *Ribic*, le critère de la pertinence constitue un seuil de faible niveau (arrêt *Ribic*, au paragraphe 17).

[39] La présence de l'avocat de l'accusé à ce stade ne l'aidera pas à obtenir la divulgation de documents additionnels. Si l'avocat de l'accusé croit que la pertinence des documents pourrait être établie sans que le juge soit informé de la thèse de la défense, il pourra solliciter la tenue d'une audience *ex parte* avec le juge.

[40] Puis le juge passe à l'étape suivante, ainsi décrite dans l'arrêt *Ribic*, aux paragraphes 18 à 20 :

Lorsque le juge est d'avis que les renseignements sont pertinents, il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Cette deuxième étape nécessitera elle aussi, selon cette perspective, un examen ou une inspection des renseignements en cause. Le juge doit considérer les représentations des parties et les preuves qu'elles ont pour les appuyer. Il doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve : *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), au paragraphe 55. Il est de règle qu'il n'appartient pas au juge de reconsidérer l'avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis. Ainsi que le disait lord Hoffmann dans l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 62, à propos des événements survenus le 11 septembre 2001 à New York et à Washington, un précédent mentionné dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33 :

[TRADUCTION] Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

Cela veut dire que les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales,

access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1)... whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. I should add that a similar norm of reasonableness has been adopted by the House of Lords: see *Rehman*, at paragraph 55 where Lord Hoffmann mentions that the Special Immigration Appeals Commission may reject the Home Secretary's opinion when it was "one which no reasonable minister advising the Crown could in the circumstances reasonably have held".

An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.

[41] This second step involves an assessment as to whether disclosure of the particular information would cause the alleged injury. At this stage, it is incumbent on the Attorney General of Canada to show that the assessment of fear of disclosure is reasonable and the burden of convincing the judge of the existence of probable injury is on the Attorney General of Canada (*Ribic*, at paragraphs 18-20). The presence and participation of counsel for the accused at such stage of the inquiry would be at best marginal, and particularly so, where counsel could not obtain access to the documents for which privilege is claimed.

[42] An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure (*Ribic*, at paragraph 20).

[43] The final step for the judge to follow in the three-part *Ribic* test is, at paragraph 21:

Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge then moves to the final state of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The party seeking disclosure of the information bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour.

devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir conférer un crédit considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [...], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. J'ajouterais que la Chambre des lords a adopté une norme similaire en matière d'évaluation raisonnable : voir l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 55, où lord Hoffmann précise que la Commission spéciale des appels en matière d'immigration peut rejeter l'avis du ministre de l'Intérieur lorsque c'est un avis [TRADUCTION] « auquel aucun ministre raisonnable conseillant la Couronne n'aurait pu raisonnablement arriver, eu égard aux circonstances ».

Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements. C'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

[41] Cette deuxième étape requiert que l'on évalue si la divulgation des renseignements en cause causerait le préjudice allégué. À ce stade, il incombe au procureur général du Canada de montrer que la crainte suscitée par une éventuelle divulgation est raisonnable, et c'est au procureur général du Canada qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité du préjudice (arrêt *Ribic*, aux paragraphes 18 à 20). Le rôle de l'avocat de l'accusé à ce stade de l'examen serait au mieux marginal, surtout s'il n'a pu obtenir l'accès aux documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué.

[42] Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements (arrêt *Ribic*, au paragraphe 20).

[43] Le juge passe alors à l'étape finale du triple critère de l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 21 :

Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur.

[44] This balance of competing interests is the critical feature of the proceeding. Even where disclosure would be injurious, the information may still be released if the judge determines that public interest in disclosure exceeds the injury to national security.

[45] In summary, the process to withhold sensitive information set out in section 38 of the *Canada Evidence Act* involves a balancing test in which a judge weighs the public interest in non-disclosure and is empowered to authorize forms and conditions of disclosure to reflect this balancing.

[46] As I noted at the outset, none of the protected and excluded information can be used at trial against the accused. Additionally, the judge presiding at a criminal proceeding has further powers under section 38.14 of the *Canada Evidence Act* to protect the right of an accused to a fair trial by making: (a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence; (b) an order effecting a stay of proceedings; and (c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

[47] It is useful here to evoke the words used by Chief Justice McLachlin in *Charkaoui*; “Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303” (at paragraph 85).

[48] I conclude that the impugned provision of the CEA does not infringe the appellant’s right to a fair trial and, if it does, it does so minimally and can be justified under section 1 of the Charter.

[49] The *Oakes* test (*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) is used to determine whether a violation of a Charter right can be justified under section 1 of the Charter. This test requires that the legislation limiting a right must have a pressing and substantial objective and

[44] Cette mise en balance d’intérêts opposés est l’aspect critique de l’instance. Même lorsque la divulgation serait préjudiciable, les renseignements pourront néanmoins être communiqués si le juge estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur le préjudice pour la sécurité nationale.

[45] En résumé, la procédure de non-communication de renseignements sensibles qui est exposée dans l’article 38 de la LPC requiert une mise en balance au cours de laquelle le juge évalue les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation et il a le pouvoir d’autoriser des formes et conditions de divulgation reflétant cette mise en balance.

[46] Comme je l’ai dit au début, aucun des renseignements protégés et exclus ne pourra être utilisé au procès contre l’accusé. En outre, le juge qui préside une instance criminelle est investi, en vertu de l’article 38.14 de la LPC, du pouvoir additionnel de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, en rendant une ordonnance : a) qui annule un chef d’accusation d’un acte d’accusation ou d’une dénonciation, ou qui autorise l’instruction d’un chef d’accusation ou d’une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse; b) qui ordonne l’arrêt des procédures; c) à l’encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[47] Il est utile ici de rappeler les propos tenus par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Charkaoui* : « Pour atteindre son objectif, le législateur n’est pas tenu d’utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui est la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303 » (au paragraphe 85).

[48] J’arrive à la conclusion que la disposition contestée de la LPC ne porte pas atteinte au droit de l’appelant à un procès équitable et, si elle lui porte atteinte, elle le fait d’une manière minimale, qui peut se justifier selon l’article premier de la Charte.

[49] Le critère de l’arrêt *Oakes* (*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) sert à déterminer si l’atteinte à un droit garanti par la Charte peut se justifier selon l’article premier de la Charte. Selon ce critère, la loi qui restreint un droit doit présenter un objectif urgent et réel et

proportional means. The requirement of proportionality calls for: (a) means rationally connected to the objective; (b) the minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

[50] As I noted earlier, the Supreme Court of Canada recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective (*Charkaoui*, at paragraph 68). I am of the view that the non-disclosure of evidence or submissions at hearings under subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* is rationally connected to this objective.

[51] I believe that the minimal impairment to paragraph 11(d) Charter rights has already been demonstrated above in the analysis on the specific process of subsection 38.11(2). The sensitive balance struck in the *Canada Evidence Act* between the need to protect confidential information and the rights of accused persons was already noted by Chief Justice McLachlin in *Charkaoui*, at paragraph 77, as she explains the processes within section 38;

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 ("CEA"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has

employer un moyen proportionnel. Le critère de proportionnalité comporte trois éléments : a) les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; b) le moyen choisi doit porter le moins possible atteinte au droit en question; et c) il doit y avoir proportionnalité entre les effets de l'atteinte et l'importance de l'objectif.

[50] Comme je l'ai dit précédemment, la Cour suprême du Canada a estimé que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources connexes de renseignements constitue un objectif urgent et réel (*Charkaoui*, au paragraphe 68). Je suis d'avis que la non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu du paragraphe 38.11(2) de la *LPC* présente un lien rationnel avec cet objectif.

[51] Je crois que l'atteinte minimale aux droits garantis par l'alinéa 11d) de la Charte a déjà été démontrée ci-dessus, dans l'analyse de la procédure prévue par le paragraphe 38.11(2). L'équilibre subtil établi dans la *LPC* entre la nécessité de protéger des renseignements confidentiels et les droits de l'accusé a déjà été souligné par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 77, où elle explique les processus dont parle l'article 38 :

Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation de renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgence, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la

not been disclosed. While the CEA does not address the same problems as the IRPA, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. [The emphasis is ours.]

[52] The third criteria of the *Oakes* test, that which addresses the issue of proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective, is shown to be satisfied in the third step of the *Ribic* test. In order for the Attorney General to benefit from the right to non-disclosure of documents for reasons of national security, the judge has to be satisfied that the public interest in disclosure does not outweigh the Attorney General's right to evoke privilege. In this way, the proportionality between the effects of subsection 38.11(2) which are responsible for limiting the Charter right, and the objective which has been identified as of "sufficient importance" remains fair. As stated in *Ribic*, "Parliament has required the designated judge to balance competing interests, not simply to protect the important and legitimate interests of the state" (*Canada (Attorney General) v. Ribic* (2001), 221 F.T.R. 310 (F.C.T.D.), at paragraph 22).

[53] In order to achieve the valid objective of protecting national security, the *Canada Evidence Act* permits *ex parte* proceedings. In my view, the challenged provision when examined in context strikes a balance between the need for protection of sensitive national security information and the rights of the individual.

[54] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal.

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[55] LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons prepared by the Chief Justice and by

confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus. [Non souligné dans l'original.]

[52] La troisième condition du critère *Oakes*, celle qui concerne la question de la proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'importance de l'objectif, semble remplie dans la troisième étape du critère *Ribic*. Pour que le procureur général tire parti du droit à la non-divulgation de documents pour des raisons de sécurité nationale, le juge doit être persuadé que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ne l'emportent pas sur le droit du procureur général de revendiquer le privilège. De cette manière, la proportionnalité entre les effets du paragraphe 38.11(2) qui sont à l'origine de l'atteinte au droit garanti par la Charte, et l'objectif qui a été reconnu comme « suffisamment important » demeure satisfaisante. Comme on peut le lire dans la décision *Ribic*, « [l]e législateur exige que le juge désigné pondère les intérêts opposés, et non pas seulement qu'il protège les intérêts importants et légitimes de l'État » (*Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839, au paragraphe 22).

[53] Pour que soit réalisé l'objectif valable de protection de la sécurité nationale, la *LPC* autorise la tenue d'audiences *ex parte*. À mon avis, la disposition contestée, examinée dans son contexte, établit un équilibre entre la nécessité de protéger des renseignements sensibles intéressant la sécurité nationale, et la nécessité de protéger les droits de l'individu.

[54] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel.

\* \* \*

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

[55] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef et par mon

my colleague Justice Pelletier. They both come to the same conclusion but for different reasons which are in fact complementary.

[56] Justice Pelletier is of the view that the impugned process in paragraph 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* (Act) does not affect the appellant's liberty although the decisions resulting from that process may affect that liberty: see paragraph 50 of his reasons for judgment. I agree.

[57] Indeed, section 38 of the Act puts in place a mechanism to enforce the public interest immunity that it confers. The focus of this section is to ensure that documents prejudicial to national security are not publicly released unless the designated judge finds otherwise in the public interest. Of course, as in a claim of solicitor-client privilege, a claimant is denied access to the documents until a judicial determination is made as to the nature of the documents. Otherwise, the very purpose of the privilege would be defeated. The same is true for documents which should not be made public because of the resulting prejudice to national security.

[58] It is in this context that subsections 38.11(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and (2) of the Act provide for an *in camera* and an *ex parte* hearing. Both subsections refer to a process designed to ensure protection of a public interest immunity claim that the appellant, in other respects, recognizes is legitimate and valid.

[59] I fail to see how that process engages or affects the liberty of the appellant. It should be recalled that the documents found at that process to be prejudicial to national security will not be used in the appellant's criminal trial. As Justice Pelletier pointed out, it is only if documents relevant to the appellant's defence in the criminal proceedings are withheld from disclosure that the appellant's liberty rights or interests can be said to be affected. However, this does not result from the *ex parte* process in place, but from the decision on either relevancy or disclosure. This decision with respect to relevancy or the balancing of interests is reviewable and can be corrected if erroneous.

collègue le juge Pelletier. Tous deux arrivent à la même conclusion, mais pour des raisons différentes, qui en réalité sont complémentaires.

[56] Le juge Pelletier est d'avis que le processus contesté qui est exposé dans le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) ne porte pas atteinte à la liberté de l'appelant, encore que les décisions résultant de ce processus puissent porter atteinte à cette liberté : voir le paragraphe 50 de ses motifs. Je partage son avis.

[57] L'article 38 de la LPC institue en fait un mécanisme visant à donner effet à l'immunité d'intérêt public qu'il confère. L'objet de cette disposition est de faire en sorte que les documents susceptibles de compromettre la sécurité nationale ne soient pas divulgués à moins que le juge désigné n'en décide autrement dans l'intérêt public. Naturellement, comme pour le privilège du secret professionnel de l'avocat, il ne sera pas possible d'obtenir communication des documents tant qu'un juge ne se sera pas prononcé sur la nature des documents. Autrement, l'objectif même du privilège serait mis en échec. Il en va de même pour les documents qui ne devraient pas être rendus publics en raison du préjudice qui en résulterait pour la sécurité nationale.

[58] C'est dans ce contexte que les paragraphes 38.11(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et (2) de la LPC prévoient la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte*. Les deux paragraphes parlent d'un processus destiné à protéger une immunité d'intérêt public dont l'appelant, par ailleurs, reconnaît la légitimité et la validité.

[59] Il m'est difficile de voir en quoi ce processus met en jeu ou compromet la liberté de l'appelant. Il faut se rappeler que les documents jugés, durant ce processus, préjudiciables à la sécurité nationale ne seront pas utilisés dans le procès criminel de l'appelant. Comme le faisait observer le juge Pelletier, ce n'est que si des documents concernant la défense de l'appelant dans l'instance criminelle sont soustraits à la divulgation que l'on pourra dire qu'il est porté atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Cependant, cela ne résulte pas de la procédure *ex parte* existante, mais de la décision portant sur la pertinence des renseignements ou sur leur divulgation. La décision concernant la pertinence des

[60] I share the concern of my colleague Justice Pelletier that, in the absence of an *ex parte* process of the kind found in paragraph 38.11(2), public interest immunity claims could be seriously compromised or undermined.

[61] Were the appellant authorized to be present at the hearing where the Government seeks enforcement of its public interest immunity claim, counsel for the Government would be unduly limited and restrained in his submissions and assistance to the designated judge. As a result, he would run the risk of being unable to convince the designated judge of the existence of a validly claimed immunity and of the need to protect it in the public interest.

[62] To sum up, the *ex parte* process in paragraph 38.11(2) of the Act is designed to prevent a breach of confidentiality of the documents subject to public interest immunity. It is a necessary, reasonable, equitable and practical process to ensure the protection of legitimate privileges and immunities. In my respectful view, such process in paragraph 38.11(2), which applies to public interest immunity claims made in the context of civil, administrative or penal proceedings, does not violate section 7 or paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

[63] In his reasons, the Chief Justice was prepared to assume, as Chief Justice Lutfy of the Federal Court did, that the appellant's liberty interest was engaged by section 7 of the Charter. If I am wrong on my approach to section 7 and, therefore, the appellant's liberty is engaged, I agree with him, for the reasons that he gave, that section 7 of the Charter has not been infringed in the circumstances.

[64] I also share his views on his analysis of paragraph 11(d) and his application of section 1 of the Charter.

[65] I would dispose of the appeal as my colleagues propose.

renseignements ou la mise en balance des intérêts est susceptible de contrôle et pourra être réformée si elle est jugée erronée.

[60] Je partage la préoccupation de mon collègue le juge Pelletier pour qui, sans une procédure *ex parte* du genre dont parle le paragraphe 38.11(2), les revendications d'immunité d'intérêt public pourraient être sérieusement compromises ou amoindries.

[61] Si la présence de l'appellant était autorisée durant l'audience où l'État revendique une immunité d'intérêt public, l'avocat de la Couronne serait indûment entravé et restreint dans les conclusions qu'il présente au juge désigné et dans l'aide qu'il lui apporte. Il s'exposerait ainsi à l'impossibilité de convaincre le juge désigné de l'existence d'une immunité validement revendiquée, et de la nécessité de protéger cette immunité dans l'intérêt public.

[62] Pour résumer, la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC vise à prévenir une atteinte au caractère confidentiel des documents bénéficiant d'une immunité d'intérêt public. Il s'agit d'une procédure nécessaire, raisonnable, équitable et pratique qui garantit la protection de privilèges et d'immunités légitimes. À mon humble avis, la procédure décrite au paragraphe 38.11(2), qui s'applique aux allégations d'immunité d'intérêt public faites dans le contexte d'instances civiles, administratives ou pénales, ne contrevient pas à l'article 7 ou à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

[63] Dans ses motifs, le juge en chef était disposé à présumer, comme l'a fait le juge en chef Lutfy de la Cour fédérale, que l'article 7 de la Charte mettait en jeu le droit de l'appellant à la liberté. Si je me fourvoie dans ma manière de considérer l'article 7, et donc si la liberté de l'appellant est en jeu, alors je reconnais avec lui, pour les motifs qu'il a exposés, qu'il n'y a pas eu ici violation de l'article 7 de la Charte.

[64] Je souscris également à sa manière d'analyser l'alinéa 11d) et d'appliquer l'article premier de la Charte.

[65] Je disposerais de l'appel comme le proposent mes collègues.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

PELLETIER J.A.:

## INTRODUCTION

[66] This is an appeal from the decision of Chief Justice Lutfy of the Federal Court (the applications Judge) dismissing the appellant's application to have subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act) declared unconstitutional on the ground that it infringes his rights under paragraph 11(d) as well as section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter): see *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.). The rights said to be infringed are the right to freedom of the press (specifically the open court principle), the right to life, liberty and security of the person (specifically, the right to make full answer and defence, the right to disclosure, and the right to know the case to be met) and the right to a public trial. Subsection 38.11(2) is alleged to infringe upon those rights by permitting the judge hearing the Attorney General of Canada's (the Attorney General) application for a prohibition order to receive evidence and to hear representations from the Attorney General in the absence of the appellant, Mr. Khawaja.

[67] The applications Judge concluded that subsection 38.11(2) did not in fact infringe Mr. Khawaja's constitutional rights because the subsection itself, as well as the overall scheme of section 38, provide a substantial substitute for the rights curtailed by the operation of subsection 38.11(2).

[68] I would dismiss the appeal for the reasons which follow.

## THE DECISION UNDER APPEAL

[69] The subject of this litigation, subsection 38.11(2) of the Act, provides as follows:

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

## INTRODUCTION

[66] Il est interjeté appel du jugement du juge en chef Lutfy, de la Cour fédérale (le juge de première instance), qui a rejeté la demande de l'appelant visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi), au motif que ce paragraphe porterait atteinte aux droits que lui reconnaissent l'alinéa 11d) et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) : voir *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.). Les droits auxquels il aurait été porté atteinte sont le droit à la liberté de la presse (plus précisément le principe de la publicité des débats judiciaires), le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (plus précisément le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit d'un accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui) et le droit à un procès public. Le paragraphe 38.11(2) porterait atteinte à ces droits en permettant au juge saisi d'une requête en ordonnance d'interdiction déposée par le procureur général du Canada (le procureur général) de recevoir les preuves et d'entendre les observations du procureur général en l'absence de l'appelant, M. Khawaja.

[67] Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que le paragraphe 38.11(2) ne portait pas en réalité atteinte aux droits de M. Khawaja prévus par la Constitution parce que le paragraphe lui-même, ainsi que le régime général de l'article 38, offrent une importante mesure de substitution aux droits amputés par l'application du paragraphe 38.11(2).

[68] Je rejetterais l'appel, pour les motifs qui suivent.

## LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[69] L'objet du présent litige, à savoir le paragraphe 38.11(2) de la Loi, prévoit ce qui suit :



**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*.

[70] The *ex parte* representations referred to in subsection 38.11(2) occur in the course of an application commenced as a result of the notice given to the Attorney General pursuant to section 38.01:

**38.01 (1) ...**

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

[71] In these reasons, the information which is the subject of the notice given under section 38.01 will be referred to as the “secret information.”

[72] After disposing of a number of preliminary issues, the applications Judge began his analysis by noting that the parties conceded that Mr. Khawaja’s liberty interest was engaged by the proceedings under the Act, given that they are an integral part of the process of disposing of the criminal charges pending against him. Mr. Khawaja is charged under criminal legislation relating to terrorism with six counts arising from a plan to carry out a terrorist attack in the United Kingdom.

[73] The applications Judge noted that Mr. Khawaja’s right to fundamental justice under section 7 overlapped with his right under paragraph 11(d) to a fair and public trial so that it was appropriate to deal with the two together, as a finding of infringement in one case would

**38.11 (1) [...]**

(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).

[70] Les observations *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) sont faites dans le cadre d’une demande déposée en conséquence de l’avis signifié au procureur général conformément à l’article 38.01 :

**38.01 (1) [...]**

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

[71] Dans les présents motifs, les renseignements qui font l’objet de l’avis signifié en vertu de l’article 38.01 seront appelés « renseignements secrets ».

[72] Après avoir décidé plusieurs points préliminaires, le juge de première instance a commencé son analyse en faisant observer que les parties reconnaissaient que le droit de M. Khawaja à la liberté était mis en jeu par l’instance introduite en vertu de la Loi, étant donné que ladite instance fait partie intégrante de la procédure introduite pour l’examen des accusations criminelles portées contre lui. M. Khawaja est accusé, en vertu des lois pénales sur le terrorisme, de six infractions, en rapport avec un complot visant à commettre un attentat terroriste au Royaume-Uni.

[73] Le juge de première instance a relevé que le droit de M. Khawaja à la justice fondamentale fondé sur l’article 7 et son droit à un procès public et équitable, un droit garanti par l’alinéa 11d) chevauchaient, de telle sorte qu’il convenait d’examiner simultanément les deux

necessarily be accompanied by a finding of infringement in the other.

[74] The applications Judge then identified the basic question before him as whether the process in question was “fundamentally unfair” to Mr. Khawaja. He noted that the context in which the question arises may affect the scope of the duty of fairness but that this does not allow the Court to engage in a balancing of the interests of the accused against the requirements of national security in the course of its section 7 analysis.

[75] The applications Judge noted that the right to know the case to be met is not absolute in that courts often proceed *ex parte* as well as *in camera*. Similarly, the right to disclosure may be affected when the information to be disclosed raises issues of national security. In either case, where it is impossible to meet the requirement of fundamental justice in the usual way, adequate substitutes for the abridged procedural protections must be found. Relying on the decision of the Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraphs 57-59 (*Charkaoui*), the applications Judge identified subsequent disclosure, judicial review and the right of appeal as adequate substitutes.

[76] Additional adequate substitutes include the fact that the Attorney General may decide to disclose parts of the information. Further, the judge hearing the section 38 application has a discretion to release the information in a form most likely to limit injury to national security. In addition, the judge presiding over the criminal trial also has a discretion to take all necessary measures to ensure fairness to the accused, including ordering a stay of proceedings. The applications Judge went on to note that subsection 38.11(2) permits the Court to hear *ex parte* representations from the person seeking disclosure of the secret information. Finally, the applications Judge noted that the three-step analysis of the appropriateness of disclosure elaborated in this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.) (*Ribic*), is itself a procedural safeguard in that it

droits, puisque, s’il y avait atteinte à l’un d’eux, il y aurait nécessairement atteinte à l’autre.

[74] Le juge de première instance a alors défini la question fondamentale à laquelle il devait répondre : la procédure en question était-elle « fondamentalement inéquitable » envers M. Khawaja? Il a relevé que le contexte dans lequel la question se posait pouvait influencer sur la portée de l’obligation d’équité, mais que cela n’autorisait pas la Cour fédérale, dans son analyse fondée sur l’article 7, à mettre en balance les intérêts de l’accusé et les impératifs de la sécurité nationale.

[75] Le juge de première instance a fait observer que le droit d’un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui n’est pas un droit absolu, en ce sens que les tribunaux tiennent souvent des audiences *ex parte*, ainsi que des audiences à huis clos. Pareillement, le droit à la divulgation pourra être amoindri si les renseignements devant être divulgués soulèvent des questions de sécurité nationale. Dans l’un et l’autre cas, lorsqu’il est impossible de répondre à l’impératif de justice fondamentale de la manière habituelle, il faut trouver des substituts acceptables aux protections procédurales ainsi réduites. Se fondant sur l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, aux paragraphes 57 à 59 (l’arrêt *Charkaoui*), le juge de première instance a considéré, parmi les substituts acceptables, la divulgation ultérieure, le contrôle judiciaire et le droit d’appel.

[76] Parmi les autres substituts acceptables, il y a la possibilité pour le procureur général de décider de divulguer une partie des renseignements. Le juge qui instruit la demande déposée en vertu de l’article 38 a aussi le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la divulgation des renseignements de façon à restreindre le préjudice pour la sécurité nationale. En outre, le juge qui préside le procès criminel a aussi le pouvoir discrétionnaire de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir l’équité envers l’accusé, notamment le pouvoir d’ordonner la suspension d’instance. Le juge de première instance a ensuite noté que le paragraphe 38.11(2) autorise la Cour à entendre les observations *ex parte* de la personne qui demande la divulgation des renseignements secrets. Finalement, il a relevé que l’analyse en trois étapes de l’à-propos d’une divulgation,

establishes a balanced and nuanced approach to assessing the right to disclosure.

[77] Having identified these procedural safeguards, the applications Judge accorded particular importance to a further safeguard, specifically, the Court's discretion to appoint an *amicus curiae* "to read, hear, challenge and respond to the *ex parte* representations made on behalf of the government": see paragraph 50 of the applications Judge's reasons. In his 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": see paragraph 57 of the applications Judge's reasons.

[78] In response to the submission made by counsel for Mr. Khawaja that the appointment of an *amicus curiae* was not an adequate procedural safeguard because the authority to do so was not explicitly written into the legislation, the applications Judge pointed to the experience of the Security Intelligence Review Committee which has retained counsel to act on its behalf without any specific authorization to do so other than the power to "engage staff as it requires." The applications Judge pointed as well to the jurisprudence of the Federal Court itself, specifically *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416, in which Justice Dawson held, at paragraph 20 of her reasons, that "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." In the applications Judge's view, the absence of an explicit power to appoint an *amicus curiae* was not a reason to exclude such a power as a means of ensuring fairness to the person seeking disclosure.

analyse faite par cette Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.) (l'arrêt *Ribic*), constitue elle-même une protection procédurale, en ce sens qu'elle établit un mécanisme équilibré et nuancé d'évaluation du droit à la divulgation.

[77] Après avoir recensé ces protections procédurales, le juge de première instance a accordé une importance particulière à une autre protection, plus précisément le pouvoir discrétionnaire de la Cour de nommer un *amicus curiae* « afin qu'il puisse lire et entendre les observations présentées *ex parte* au nom de l'État, et répondre à ces observations » : voir le paragraphe 50 des motifs du juge de première instance. Selon lui, « 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* » : voir le paragraphe 57 des motifs du juge de première instance.

[78] En réponse à l'argument de l'avocat de M. Khawaja selon lequel la nomination d'un *amicus curiae* n'était pas une protection procédurale suffisante parce que le pouvoir de faire une telle nomination n'était pas explicitement inscrit dans la loi, le juge de première instance a évoqué le cas du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, qui a eu recours à l'assistance d'un avocat pour agir en son nom, sans avoir l'autorisation explicite de le faire, si ce n'est le pouvoir d'« engager le personnel dont il a besoin ». Le juge de première instance a également rappelé la jurisprudence de la Cour fédérale elle-même, plus précisément la décision *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416, dans laquelle la juge Dawson écrivait, au paragraphe 20 de ses motifs, 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 ». De l'avis du juge de première instance, l'absence d'un pouvoir explicite de nommer un *amicus curiae* n'était pas une raison d'exclure un tel pouvoir comme moyen de garantir l'équité à la partie qui demande la divulgation de renseignements.

[79] In the result, the applications Judge found that “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 paragraph 11(d) of the Charter”: see paragraph 59 of his reasons.

[80] On the issue of the possible violation of the open court principle, the applications Judge found that the Supreme Court of Canada had confirmed the validity of *in camera ex parte* proceedings in dealing with protected information in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*). As counsel for Mr. Khawaja had not succeeded in distinguishing *Ruby*, it was the applications Judge’s view that the latter settled the issue. Accordingly, the applications Judge dismissed Mr. Khawaja’s application.

#### MR. KHAWAJA’S SUBMISSIONS

[81] In his memorandum of fact and law (his memorandum), Mr. Khawaja identified and addressed the following issues:

- A. Did the applications Judge fail to consider whether or not subsection 38.11(2) operates in accordance with the specific principles of fundamental justice engaged in the case at bar?
- B. Did the applications Judge err by collapsing the section 1 inquiry into section 7?
- C. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* contains substantial substitutes and procedural protections for Khawaja’s section 7 and paragraph 11(d) rights?

[79] Finalement, le juge de première instance a estimé que « 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 paragraphe 38.11(2) est conforme à l’article 7 et à l’alinéa 11d) de la Charte » : voir le paragraphe 59 de ses motifs.

[80] S’agissant de la possible violation du principe de publicité des débats judiciaires, le juge de première instance a estimé que la Cour suprême du Canada avait confirmé, dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3 (l’arrêt *Ruby*), la validité des procédures à huis clos et *ex parte* portant sur des renseignements protégés. Puisque l’avocat de M. Khawaja n’avait pas réussi à établir une distinction entre les circonstances de l’arrêt *Ruby* et celles de la présente affaire, le juge de première instance a exprimé l’avis que l’arrêt *Ruby* réglait la question. Il a donc rejeté la demande de M. Khawaja.

#### LES ARGUMENTS DE M. KHAWAJA

[81] Dans son exposé des faits et du droit (son exposé), M. Khawaja recensait et abordait les points suivants :

- A. Le juge de première instance a-t-il négligé de se demander si le paragraphe 38.11(2) est conforme aux principes particuliers de justice fondamentale qui sont mis en jeu dans la présente affaire?
- B. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu’il a intégré dans l’analyse fondée sur l’article 7 l’examen requis par l’article premier de la Charte?
- C. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu’il a dit que l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* renferme, quant aux droits de M. Khawaja selon l’article 7 et l’alinéa 11d), d’importantes mesures de rechange et de protection?

D. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* does not create a process that is fundamentally unfair?

E. Is subsection 38.11(2) justified pursuant to section 1 of the Charter?

A. Did the applications Judge fail to consider whether or not subsection 38.11(2) operates in accordance with the specific principles of fundamental justice engaged in the case at bar?

[82] With respect to the first of these issues, Mr. Khawaja noted that in *Charkaoui*, the Supreme Court identified the five specific principles of fundamental justice which are essential components of the right to a fair trial, specifically:

- the right to a hearing;
- a hearing before an independent and impartial magistrate;
- a decision to be made by the magistrate on the basis of the facts and the law;
- the right to know the case put against one;
- the right to answer that case.

[83] Mr. Khawaja concedes that the first two of these components are not in issue in these proceedings. He did not concede that the third was not in issue but he did not pursue it in his memorandum. Mr. Khawaja argued that he was entitled to have the applications Judge address the final two components of a fair trial, the right to know the case to meet and the right to make full answer and defence, in his analysis of the validity of subsection 38.11(2). Accordingly, he says, the applications Judge erred in limiting his analysis to the global issue of fairness, as opposed to addressing the merits of each individual component of a fair trial.

D. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable?

E. Le paragraphe 38.11(2) peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

A. Le juge de première instance a-t-il négligé de se demander si le paragraphe 38.11(2) est conforme aux principes particuliers de justice fondamentale qui sont mis en cause dans la présente affaire?

[82] S'agissant du premier de ces points, M. Khawaja a relevé que, dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a recensé les cinq principes de justice fondamentale suivants, qui sont des éléments essentiels du droit à un procès équitable :

- le droit d'être entendu;
- devant un magistrat indépendant et impartial;
- qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit;
- le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui;
- le droit d'y répondre.

[83] M. Khawaja reconnaît que les deux premiers de ces éléments ne sont pas en cause dans la présente instance. Il n'a pas reconnu que le troisième élément n'était pas en cause, mais il n'a pas insisté sur ce point dans son exposé. Il a fait valoir qu'il était fondé à ce que le juge de première instance examine, dans son analyse de la validité du paragraphe 38.11(2), les deux derniers éléments d'un procès équitable, à savoir le droit d'un accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui, et le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, affirme-t-il, le juge de première instance a commis une erreur parce qu'il a limité son analyse à la question globale de l'équité, au lieu d'examiner le fond de chacun des éléments d'un procès équitable.

B. Did the applications Judge err by collapsing the section 1 inquiry into section 7?

[84] Mr. Khawaja raises this issue in spite of the application Judge's explicit reference to the Supreme Court's *dictum* in *Charakaoui* to the effect that national security concerns cannot be used to limit the extent of the rights guaranteed by section 7. According to Mr. Khawaja, if there is to be a balancing of interests as between his section 7 rights and the demands of national security, it must occur in the context of the section 1 analysis and not by a restrictive definition of the specific rights themselves. Mr. Khawaja points to the following paragraph from the applications Judge's reasons [at paragraph 37] as an indication of the balancing which he says the latter undertook in the course of his section 7 analysis:

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.

[85] This passage was then followed by a lengthy analysis of the "substantial substitutes" and "procedural protections" described above. According to Mr. Khawaja, this is a clear indication that the applications Judge was impermissibly balancing interests while assessing the fairness of the procedure under section 38.

C. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* contains substantial substitutes and procedural protections for Khawaja's section 7 and paragraph 11(d) rights?

[86] Mr. Khawaja's third issue involves an examination of the "substantial substitutes" and "procedural safeguards" identified by the applications Judge. In Mr. Khawaja's view, substantial substitutes must address his right to know the case to meet and his right to make full answer and defence to that case in order to be constitutionally significant.

B. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a intégré dans l'analyse fondée sur l'article 7 l'examen requis par l'article premier de la Charte?

[84] M. Khawaja soulève ce point en dépit de la référence explicite du juge de première instance à la remarque incidente faite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charakaoui*, remarque selon laquelle les impératifs de la sécurité nationale ne peuvent servir à limiter l'étendue des droits garantis par l'article 7. Selon M. Khawaja, s'il doit y avoir une mise en balance de ses droits selon l'article 7 et des impératifs de la sécurité nationale, cette mise en balance doit se faire dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte, et non par une définition restrictive des droits eux-mêmes. Selon M. Khawaja, le paragraphe suivant des motifs du juge de première instance [au paragraphe 37] atteste la mise en balance que, dit-il, le juge a faite au cours de son analyse fondée sur l'article 7 :

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.

[85] Ce passage était suivi d'une longue analyse des « importantes mesures de remplacement » et « protections procédurales » évoquées plus haut. Selon M. Khawaja, cela montre clairement que le juge de première instance mettait, à tort, les intérêts en balance tout en mesurant le niveau d'équité de la procédure prévue par l'article 38.

C. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* renferme, quant aux droits de M. Khawaja selon l'article 7 et l'alinéa 11(d), d'importantes mesures de rechange et de protection?

[86] Le troisième point soulevé par M. Khawaja requiert un examen des « importantes mesures de rechange » et « de protection » évoquées par le juge de première instance. De l'avis de M. Khawaja, les importantes mesures de rechange doivent, pour être pertinentes sur le plan constitutionnel, porter sur son droit de connaître la preuve qui pèse contre lui et son

[87] The fact that the Attorney General can disclose the secret information at any time does not address the issue of procedural safeguards at all. The Attorney General alone decides whether or not to disclose the information and to what extent, without being required to consider the interests of persons seeking disclosure.

[88] Similarly, the fact that the Federal Court judge has the discretion to order the release of all, or some, or a summary of the secret information does not address the fairness of the process by which the judge decides whether to do so or not. It is the process itself which Mr. Khawaja challenges.

[89] Mr. Khawaja further contends that the right of appeal to the Federal Court of Appeal and, with leave, to the Supreme Court of Canada, does not address the case-to-meet principle. The level of disclosure on the appeal is the same as it was in the Federal Court. Given that it is the fairness of the procedure in the Federal Court which is being challenged, a right of appeal which involves the same procedure does nothing to address the lack of fairness which is the subject of the proceedings. In both the application and the appeal, the interested person does not know the content of the secret information and does not know the content of the *ex parte* representations made by the Attorney General.

[90] According to Mr. Khawaja, the right of the trial judge to address any unfairness by an appropriate order, up to and including a stay of proceedings, is not a substantial substitute. It is simply the recognition that the Federal Court has no jurisdiction over the criminal proceedings themselves. The constitutional problem does not arise once the Federal Court decides that the preponderance of the public interest favours non-disclosure. It arises in the process by which that determination is made. The provision of a remedy once that conclusion has been reached does not vitiate the unfairness of the process.

droit de présenter une défense pleine et entière en réponse à cette preuve.

[87] Le fait que le procureur général puisse à tout moment divulguer les renseignements secrets ne répond nullement à la question des mesures procédurales de protection. Le procureur général décide seul s'il convient ou non de divulguer les renseignements, et dans quelle mesure, sans être tenu de prendre en compte les intérêts de ceux qui demandent leur divulgation.

[88] Pareillement, le fait qu'un juge de la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation de la totalité, d'une partie ou d'un résumé des renseignements secrets, ne concerne pas l'équité du processus par lequel le juge décide s'il est opportun ou non d'ordonner telle divulgation. C'est le processus lui-même que conteste M. Khawaja.

[89] M. Khawaja prétend aussi que le droit d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale et, avec autorisation, devant la Cour suprême du Canada, ne tient pas compte du principe qui autorise l'accusé à connaître la preuve qui pèse contre lui. Le degré de divulgation au niveau de l'appel est le même que ce qu'il était devant la Cour fédérale. Étant donné que c'est l'équité de la procédure introduite devant la Cour fédérale qui est contestée, un droit d'appel qui fait intervenir la même procédure ne fait rien pour corriger l'absence d'équité qui fait l'objet de l'instance. Dans la demande comme dans l'appel, l'intéressé ne connaît pas le contenu des renseignements secrets et ne connaît pas le contenu des observations *ex parte* présentées par le procureur général.

[90] Selon M. Khawaja, le droit du juge de première instance de corriger toute inéquité en rendant l'ordonnance qui s'impose, y compris en ordonnant l'arrêt des procédures, ne constitue pas une importante mesure de rechange. C'est simplement reconnaître que la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur les affaires pénales elles-mêmes. Le problème constitutionnel ne se pose pas une fois que la Cour fédérale juge que les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation l'emportent sur celles qui justifient la divulgation. Il se pose dans le processus par lequel la Cour fédérale arrive à cette décision. Une fois la décision rendue, le redressement accordé n'efface pas le caractère inéquitable du processus.

[91] Mr. Khawaja says that the right to make *ex parte* representations of his own does not in any way address the unfairness which results from the Attorney General's ability to make representations in his absence.

[92] According to Mr. Khawaja, the *Ribic* test does not address the lack of fairness inherent in *ex parte* representations. The third leg of that test requires the interested person to demonstrate that the public interest in disclosure exceeds the public interest in non-disclosure, a test which it is practically impossible to meet when the person has none of the secret information and no opportunity to respond to the Crown's *ex parte* representations.

[93] Mr. Khawaja's position as to the appointment of an *amicus curiae* is that it is but a mere possibility, since the legislation does not specifically give the Court that power. Furthermore, even if the Court can appoint an *amicus curiae*, that person is to assist the Court, not the accused (in the case of a criminal proceeding). Consequently, the *amicus curiae* is not in a position to receive confidential information and instructions from the accused, with a view to advancing the latter's interests. More to the point, Mr. Khawaja doubts that the Court can deny the Crown its right to proceed *ex parte* by means of the appointment of an *amicus curiae* when the right to proceed *ex parte* is guaranteed in the Act.

D. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* does not create a process that is fundamentally unfair?

[94] Mr. Khawaja's fourth issue puts into question the applications Judge's conclusion that section 38 does not create a process that is fundamentally unfair. In brief, Mr. Khawaja argues that the applications Judge erred in not addressing the specific components of the right to a fair process. Had he done so, the argument goes, he would not have come to the conclusion to which he came.

[91] M. Khawaja dit que le droit de présenter lui-même des observations *ex parte* ne corrige nullement l'injustice qui résulte du droit du procureur général de présenter des observations en son absence.

[92] Selon M. Khawaja, le critère de l'arrêt *Ribic* ne corrige pas l'absence d'équité qui entache le mécanisme des observations *ex parte*. Le troisième volet de ce critère requiert de l'intéressé qu'il prouve que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, une exigence qu'il est pratiquement impossible de respecter quand l'intéressé ne détient aucun des renseignements secrets et n'a pas la possibilité de répondre aux observations *ex parte* présentées par la Couronne.

[93] La position de M. Khawaja à propos de la nomination d'un *amicus curiae* est qu'il s'agit là d'une simple possibilité, puisque la loi ne donne pas explicitement ce pouvoir à la Cour. Par ailleurs, même si la Cour peut nommer un *amicus curiae*, celui-ci vient en aide à la Cour et non pas à l'accusé (dans le cas d'une instance criminelle). Par conséquent, l'*amicus curiae* n'est pas en position de recevoir des renseignements confidentiels et des directives de l'accusé, en vue de défendre les intérêts de ce dernier. Plus exactement, M. Khawaja doute que la Cour puisse, en nommant un *amicus curiae*, nier à la Couronne le droit de celle-ci de procéder *ex parte* puisque le droit de procéder *ex parte* est garanti par la Loi.

D. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable?

[94] Le quatrième point soulevé par M. Khawaja met en doute la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'article 38 n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable. En bref, M. Khawaja a fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur parce qu'il n'a pas examiné les divers éléments du droit à un procès équitable. L'eût-il fait, affirme M. Khawaja, il ne serait pas arrivé à la conclusion à laquelle il est arrivé.



[95] In particular, Mr. Khawaja says that the applications Judge cannot rely on *dicta* in *Charkaoui* to the effect that the process under section 38 is fairer than the process which was provided in the case of security certificates. Mr. Khawaja argues that the comments made by the Supreme Court were made in the context of the disclosure which results from a section 38 application, not the disclosure available to the interested person in the course of the section 38 application. Mr. Khawaja goes on to note that the problems inherent in the *ex parte* proceedings are made all the more acute by the fact that the judge may receive, in the course of those proceedings, evidence which would not otherwise be legally admissible. The interested person has no opportunity in those circumstances to show the unreliability of that evidence.

[96] Mr. Khawaja's position on this branch of the case is best summarized by the following passage, taken from paragraph 74 of his memorandum:

The statement of the law in *Charkaoui* could not be more clear and applies to the case at bar: where the liberty of an accused person is at stake, as in the criminal context, the accused must know the case he has to meet or else a substantial substitute has to be provided or else section 7 and 11(d) are violated. As the *ex parte* proceedings deprive Khawaja of knowing his case to meet, and there is no substantial substitute provided under the *Canada Evidence Act*, it is submitted that the section 38 process is fundamentally unfair, and Khawaja's sections 7 and 11(d) rights are violated.

E. Is subsection 38.11(2) justified pursuant to section 1 of the Charter?

[97] The last of the five issues identified by Mr. Khawaja is whether the breach of his rights under sections 7 and 11 is justified under section 1 of the Charter. This analysis goes beyond the applications Judge's reasons since he concluded that there was no breach and therefore no need to undertake the analysis required by section 1.

[98] Mr. Khawaja concedes that the protection of information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security is

[95] Plus précisément, M. Khawaja dit que le juge de première instance ne pouvait pas se fonder sur des remarques incidentes, faites dans l'arrêt *Charkaoui*, selon lesquelles le processus prévu par l'article 38 est plus équitable que le processus qui s'appliquait aux certificats de sécurité. M. Khawaja fait valoir que les remarques de la Cour suprême se rapportaient à la divulgation qui résulte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 et non à la divulgation à laquelle peut prétendre l'intéressé dans le cadre d'une telle demande. Puis M. Khawaja relève que les difficultés propres aux audiences *ex parte* sont d'autant plus grandes que le juge peut recevoir, au cours de telles audiences, une preuve qui par ailleurs ne serait pas légalement recevable. L'intéressé n'a pas la possibilité, dans ce contexte, de montrer que cette preuve n'est pas digne de foi.

[96] La position de M. Khawaja, sur cet aspect du dossier, est le mieux résumée par le passage suivant, extrait du paragraphe 74 de son exposé :

[TRADUCTION] L'état du droit, exposé dans l'arrêt *Charkaoui*, ne pourrait être plus clair, et il s'applique à la présente affaire : lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, comme c'est le cas dans un contexte pénal, l'accusé doit connaître les éléments invoqués contre lui, ou alors une importante mesure de rechange doit lui être offerte, sans quoi il y a atteinte à l'article 7 et à l'alinéa 11d). Puisque l'audience *ex parte* empêche M. Khawaja de connaître les éléments invoqués contre lui, et puisqu'il n'y a aucune importante mesure de rechange prévue dans la *Loi sur la preuve au Canada*, il est allégué que la procédure de l'article 38 est fondamentalement inéquitable, et qu'il y a atteinte aux droits garantis à M. Khawaja par l'article 7 et l'alinéa 11d).

E. Le paragraphe 38.11(2) peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

[97] Le dernier des cinq points recensés par M. Khawaja est celui de savoir si l'atteinte aux droits que lui garantissent les articles 7 et 11 se justifie au regard de l'article premier de la Charte. Cette analyse va au-delà des motifs du juge de première instance, puisque le juge est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait aucune atteinte du genre et qu'il n'était donc pas nécessaire de faire l'analyse requise par l'article premier.

[98] M. Khawaja reconnaît que la protection de renseignements dont on peut raisonnablement croire que la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale

a pressing and substantial objective, and that subsection 38.11(2) is rationally connected to this objective. The issue is whether the procedure mandated by subsection 38.11(2) minimally impairs his constitutional rights.

[99] To demonstrate that *ex parte* proceedings do not minimally impair his rights under sections 7 and 11, Mr. Khawaja suggests a number of less intrusive measures. He says that *ex parte* proceedings could be deleted in their entirety. The proceedings could be held *in camera* and the record of proceedings sealed. Counsel could provide an undertaking not to further disclose the materials, not even to his client. Alternatively, the evidence and the submissions could be disclosed to independent counsel with the appropriate security clearance who could represent the interests of the accused in the course of the hearings before the Federal Court.

[100] Finally, Mr. Khawaja argues that the deleterious effects of the section 38 procedure far outweigh its purported benefits due to the increased risk of a wrongful conviction. His position is that national security concerns are insufficient to justify any abridgement of constitutionally protected rights.

#### STATEMENT OF ISSUES

[101] This appeal raises the following issues:

- 1 – Is Mr. Khawaja’s liberty interest engaged by proceedings under section 38?
- 2 – Are *ex parte* proceedings a denial of fundamental justice?
- 3 – If not, are *ex parte* proceedings in a section 38 application a denial of fundamental justice?
- 4 – If they are not, are they a denial of Mr. Khawaja’s rights to a fair and public trial under paragraph 11(d) of the Charter?

du Canada est un objectif urgent et réel, et que le paragraphe 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif. Il s’agit de savoir si la procédure prévue par le paragraphe 38.11(2) porte une atteinte minimale aux droits fondamentaux de M. Khawaja.

[99] Pour prouver que les audiences *ex parte* ne portent pas atteinte de façon minimale aux droits que lui reconnaissent les articles 7 et 11, M. Khawaja suggère plusieurs mesures moins intrusives. Il dit que les audiences *ex parte* pourraient être supprimées dans leur intégralité. Les audiences pourraient se dérouler à huis clos et le procès-verbal d’audience pourrait être scellé. L’avocat pourrait s’engager à ne pas communiquer davantage les pièces du dossier, pas même à son client. Subsidiairement, les preuves et conclusions pourraient être communiquées à un avocat indépendant, muni d’une habilitation de sécurité, qui pourrait représenter les intérêts de l’accusé au cours des audiences tenues devant la Cour fédérale.

[100] Finalement, M. Khawaja fait valoir que les effets nuisibles de la procédure prévue par l’article 38 l’emportent largement sur les supposés avantages de cette procédure, et ce, en raison du risque accru d’une déclaration injustifiée de culpabilité. Selon lui, les impératifs de la sécurité nationale ne suffisent pas à justifier l’amputation de droits garantis sur le plan constitutionnel.

#### ÉNONCÉ DES POINTS LITIGIEUX

[101] Le présent appel soulève les points suivants :

- 1 – Le droit de M. Khawaja à la liberté est-il mis en jeu par les audiences tenues en vertu de l’article 38?
- 2 – Les audiences *ex parte* constituent-elles un déni de justice fondamentale?
- 3 – Dans la négative, les audiences *ex parte*, tenues dans le cadre d’une demande présentée en vertu de l’article 38, constituent-elles un déni de justice fondamentale?
- 4 – Dans la négative, reviennent-elles à nier le droit de M. Khawaja à un procès public et équitable selon ce que prévoit l’alinéa 11d) de la Charte?

## ANALYSIS

Issue No. 1 – How is Mr. Khawaja’s liberty interest engaged by proceedings under section 38?

[102] A few terms need to be defined for the sake of clarity. I will use the expression “section 38 proceedings” to refer to the whole of the process contemplated by sections 38 to 38.16 of the Act. The expression “injurious information” has the same meaning as “potentially injurious information” [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] does in the Act [at section 38], namely “information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.” Secret information was defined earlier in these reasons to mean information in respect of which notice has been given pursuant to section 38.01.

[103] Since the Attorney General conceded that Mr. Khawaja’s liberty interest was engaged by the section 38 proceedings, the applications Judge did not address the nature of that engagement, which is the threshold question for the application of section 7. Since the requirements of fundamental justice vary according to the context (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 361), the manner in which subsection 38.11(2) engages Mr. Khawaja’s liberty interest will define the specific rights, or elements of fundamental justice, at stake.

[104] Mr. Khawaja is best placed to tell us how his liberty interest is engaged by subsection 38.11(2). The material portions of his notice of constitutional question succinctly set out his position. I have taken the liberty of dropping certain non-contentious paragraphs and renumbering the others, which leaves the following:

A - The principles of fundamental justice dictate that where a court is assessing such a claim for privilege, the criminal accused is entitled to know the case he has to meet in opposing the privilege claim, is entitled to know the evidence that is being relied upon in support of the privilege claim and to present evidence to refute the evidence being tendered in support of the privilege claim, and is entitled to know the representations being made by the party seeking to uphold the

## ANALYSE

Point n° 1 – Le droit de M. Khawaja à la liberté est-il mis en jeu par les audiences tenues en vertu de l’article 38?

[102] Quelques termes doivent être définis, par souci de clarté. J’emploierai l’expression « procédure de l’article 38 » pour évoquer l’ensemble du processus envisagé par les articles 38 à 38.16 de la Loi. L’expression « renseignements préjudiciables » a le même sens que l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables » [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] employée dans la Loi [à l’article 38], c’est-à-dire « [l]es renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». L’expression « renseignements secrets », définie plus haut dans les présents motifs, signifie les renseignements à l’égard desquels un avis a été signifié conformément à l’article 38.01.

[103] Puisque le procureur général a admis que le droit de M. Khawaja à la liberté était mis en jeu par la procédure de l’article 38, le juge de première instance ne s’est pas attardé sur la nature de cette mise en jeu, ce qui est le préalable de l’application de l’article 7. Puisque les exigences de la justice fondamentale varient selon le contexte (voir l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361), la manière dont le paragraphe 38.11(2) met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté définira les droits particuliers, ou les éléments de la justice fondamentale, qui sont en cause.

[104] M. Khawaja est le mieux placé pour nous dire en quoi son droit à la liberté est mis en jeu par le paragraphe 38.11(2). Les passages essentiels de son avis de question constitutionnelle exposent succinctement sa position. J’ai pris la liberté de laisser de côté certains paragraphes non litigieux et de renuméroter les autres, et j’arrive à ce qui suit :

[TRADUCTION] A - Selon les principes de justice fondamentale, lorsqu’une cour de justice évalue une telle revendication de privilège, l’accusé est fondé à connaître les éléments invoqués contre lui, s’il veut s’opposer à ladite revendication, est fondé à connaître la preuve qui est invoquée au soutien de ladite revendication et à présenter une preuve propre à réfuter la preuve produite au soutien de ladite revendication, et est fondé à connaître les observations faites par la partie à l’origine de la

privilege claim and to make his own representations in response.

B - Subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* allows the Attorney General to mandate that the Federal Court receive and rely upon *ex parte* evidence and submissions in a subsection 38.04(5) proceeding without providing the accused a right of reply to such submissions or evidence.

C - As a result of subsection 38.11(2), subsection 38.04(5) proceedings undertaken in relation to potential evidence in a criminal proceeding do not adhere to the principles of fundamental justice and deprive the accused of the right of full answer and defence when he is left without the opportunity to see and respond to all of the Attorney General's evidence and submissions.

D - The *ex parte* proceedings effectively allow the Attorney General to make use of unopposed evidence and submissions in an effort to deprive an accused of this only meaningful remedy to protect his right to full answer and defence, that being the disclosure of the records in question, and as such the *ex parte* proceedings effectively deprive an accused of the right to make full answer and defence in violation of an accused's section 7 rights.

E - The limit to the right to make full answer and defence imposed by *ex parte* evidence and submissions which can be resorted to in the exclusive discretion of the Attorney General without judicial oversight or any participation on the part of the accused is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence and thus subsection 38.11(2) cannot be upheld pursuant to section 1 of the Charter.

[105] Paragraph A is a statement that fundamental justice precludes *ex parte* proceedings in the adjudication of a claim of privilege. Paragraph B is simply the observation that subsection 38.11(2) mandates *ex parte* proceedings. Neither of those propositions engage Mr. Khawaja's liberty interest.

[106] Paragraph C does raise Mr. Khawaja's liberty interest but it does so by reference to the criminal charges pending against him. Paragraph C goes on to raise the right to make full answer and defence in connection with the *ex parte* proceedings under section 38 proceedings, by tying those proceedings to the pending criminal charges.

[107] Paragraph D makes the link between the section 38 proceedings and the right to full answer and defence

revendication de privilège, et à répondre auxdites observations par ses propres observations.

B - Selon le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le procureur général peut obtenir de la Cour fédérale qu'elle reçoive et utilise des preuves et conclusions présentées *ex parte* à la faveur d'une procédure selon le paragraphe 38.04(5), sans donner à l'accusé le droit de répondre à telles conclusions ou preuves.

C - En conséquence du paragraphe 38.11(2), les procédures selon le paragraphe 38.04(5) introduites en rapport avec d'éventuelles preuves intéressant une instance criminelle n'observent pas les principes de justice fondamentale et privent l'accusé du droit de présenter une défense pleine et entière, alors qu'il n'a pas la possibilité de voir les preuves et conclusions du procureur général et d'y répondre.

D - Les audiences *ex parte* reviennent à permettre au procureur général de tirer parti de preuves et conclusions non contestées et de priver ainsi l'accusé de cette seule véritable possibilité de protéger son droit de présenter une défense pleine et entière, c'est-à-dire la divulgation des dossiers en cause, et les audiences *ex parte* ont donc pour effet de priver l'accusé du droit de présenter une défense pleine et entière, ce qui contrevient aux droits garantis par l'article 7 à l'accusé.

E - La limite au droit de présenter une défense pleine et entière, une limite imposée par les preuves et conclusions *ex parte* auxquelles il est possible de recourir selon l'appréciation exclusive du procureur général, sans la possibilité d'un contrôle judiciaire et sans la participation de l'accusé, ne constitue pas une limite raisonnable au droit de présenter une défense pleine et entière, et le paragraphe 38.11(2) ne saurait donc être validé par l'article premier de la Charte.

[105] Le paragraphe A dit que la justice fondamentale fait obstacle aux audiences *ex parte* lorsqu'il s'agit de savoir si un privilège est valablement revendiqué. Le paragraphe B fait simplement observer que le paragraphe 38.11(2) prévoit des audiences *ex parte*. Ni le paragraphe A, ni le paragraphe B ne mettent en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté.

[106] Le paragraphe C fait intervenir le droit de M. Khawaja à la liberté, mais en référence aux charges portées contre lui. Le paragraphe C évoque ensuite le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière au cours des audiences *ex parte* tenues dans le contexte de la procédure de l'article 38, en rattachant lesdites audiences aux accusations portées.

[107] Le paragraphe D rend plus explicite le lien entre la procédure de l'article 38 et le droit de présenter une

more explicit by asserting that the right to full answer and defence consists in the disclosure of the records in respect of which notice has been given under section 38, and that the recourse to *ex parte* proceedings deprives him of that right.

[108] Paragraph E completes the analysis by alleging that the breach of his section 7 rights is not saved as a reasonable limit prescribed by law.

[109] There is a distinction to be drawn between the criminal proceedings which engage Mr. Khawaja's liberty interest and the section 38 proceedings which engage his liberty interest, if they do so at all, only by virtue of their connection with the criminal proceedings. In other words, section 38 is a provision of general application. It may be invoked in circumstances which have no element of criminal law where it may, or may not, raise questions of fundamental justice. Where section 38 is invoked in the course of criminal proceedings, the question is whether the individual's liberty interest is engaged solely by reason of its being grafted onto a criminal proceeding.

[110] The criminal proceedings engage Mr. Khawaja's right to make full answer and defence, as well as his right to know the case to be met, because of the possibility of incarceration. If the section 38 proceedings engage Mr. Khawaja's liberty interest, it can only be because the outcome of those proceedings impinges upon the conduct of the criminal trial, in that they may result in an order authorizing the non-disclosure of secret information which may be relevant to Mr. Khawaja's defence. Paragraph D of Mr. Khawaja's notice of constitutional question makes this connection clear.

[111] The provisions which authorize the withholding of secret information from a criminal accused are subsections 38.06(2) and 38.06(3). Subsection 38.06(2) permits disclosure, or partial disclosure on terms when the public interest in disclosure exceeds the public interest in non-disclosure. Subsection 38.06(3) authorizes an order prohibiting disclosure where the Court is not satisfied that the public interest in disclosure exceeds the public interest in

défense pleine et entière, en affirmant que le droit de présenter une défense pleine et entière comprend la divulgation des documents à l'égard desquels avis a été donné en vertu de l'article 38, et que le recours à des audiences *ex parte* le prive de ce droit.

[108] Le paragraphe E complète l'analyse. M. Khawaja y affirme que l'atteinte aux droits que lui garantit l'article 7 n'est pas validée par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables.

[109] Il y a une distinction à faire entre l'instance criminelle qui met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté et la procédure de l'article 38 qui met en jeu son droit à la liberté (si tant est qu'elle le mette en jeu) uniquement de par son lien avec l'instance criminelle. Autrement dit, l'article 38 est une disposition d'application générale. Elle peut être invoquée dans des circonstances qui n'ont rien à voir avec le droit criminel et qui ne soulèvent pas nécessairement des questions de justice fondamentale. Lorsque l'article 38 est invoqué au cours d'une instance criminelle, la question est de savoir si le droit de l'accusé à la liberté est mis en jeu uniquement en raison du fait que ce droit se greffe à une instance criminelle.

[110] L'instance criminelle met en jeu le droit de M. Khawaja de présenter une défense pleine et entière, ainsi que son droit de connaître les éléments invoqués contre lui, et cela en raison de la possibilité d'incarcération. Si la procédure de l'article 38 met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté, ce ne peut être que parce que l'issue d'une telle procédure empiète sur le déroulement du procès criminel, en ce sens qu'elle peut se solder par une ordonnance autorisant la non-divulgation de renseignements secrets pouvant concerner la défense de M. Khawaja. Le paragraphe D de l'avis de question constitutionnelle déposé par M. Khawaja rend ce lien évident.

[111] Les dispositions qui empêchent la communication de renseignements secrets à un accusé sont les paragraphes 38.06(2) et 38.06(3). Le paragraphe 38.06(2) autorise la divulgation, ou la divulgation partielle, moyennant des conditions, quand les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Le paragraphe 38.06(3) autorise le juge à rendre une ordonnance interdisant la divulgation

non-disclosure. Since Mr. Khawaja has not attacked subsections 38.06(2) and (3), they must be presumed to be validly enacted legislation: see *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, at paragraph 35. Mr. Khawaja seeks to achieve the same result by attacking the process leading to the making of an order under either of subsection 38.06(2) or (3).

[112] In the context of a criminal prosecution, section 38 proceedings do raise an issue of full answer and defence. They raise that issue because subsections 38.06(2) and (3) authorize the withholding of information which may be relevant to the defence of the criminal charges. The fact that the Attorney General may proceed *ex parte* also raises issues of fundamental justice, but not necessarily the same issues as those raised by subsections 38.06(2) and (3).

[113] The issues of fundamental justice raised by an order limiting or prohibiting the disclosure of information relevant to the defence were identified in *Charkaoui* [S.C.C.], at paragraphs 28-29:

The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. “It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process”: *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary

s’il n’est pas persuadé que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation. Puisque M. Khawaja n’a pas contesté les paragraphes 38.06(2) et (3), ces dispositions doivent être présumées valides : voir l’arrêt *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 35. M. Khawaja voudrait obtenir le même résultat en contestant la procédure qui conduit au prononcé d’une ordonnance selon l’un ou l’autre des paragraphes 38.06(2) ou (3).

[112] Dans le contexte d’une poursuite pénale, la procédure de l’article 38 soulève la question du droit de présenter une défense pleine et entière. Elle soulève cette question parce que les paragraphes 38.06(2) et (3) autorisent la non-divulgation de renseignements qui peuvent concerner la défense d’un accusé à l’encontre d’accusations criminelles. Le fait que le procureur général puisse procéder *ex parte* soulève également des questions de justice fondamentale, mais pas nécessairement les mêmes questions qui sont soulevées par les paragraphes 38.06(2) et (3).

[113] Les questions de justice fondamentale auxquelles donne lieu une ordonnance restreignant ou interdisant la divulgation de renseignements qui concernent la défense d’un accusé ont été recensées dans l’arrêt *Charkaoui* [C.S.C.], aux paragraphes 28 et 29 :

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l’État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d’une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C’est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l’application régulière de la loi, qui doit comporter un processus judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l’époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d’une demande d’*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu’il l’était à l’époque du Roi Jean.

Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d’y répondre*. La façon précise de se

with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

[114] It is clear that an order which deprives an accused of information relevant to his defence raises issues of full answer and defence, and of the case to be met. It is less clear that a statutory disposition which allows *ex parte* proceedings in the course of the process of making such an order raises issues of full answer and defence in the same way. I do not dispute that *ex parte* proceedings raise an issue of procedural fairness, an issue best described circumscribed by the maxim *audi alteram partem*. That maxim requires a decision maker to ensure that the person affected by a decision has a chance to be heard before the decision is made. In that regard, see *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.) (*Gallant*), *per* Marceau J.A., at pages 341-342, where the following appears:

The rationale behind the *audi alteram partem* principle, which simply requires the participation, in the making of a decision, of the individual whose rights or interests may be affected, is, of course, that the individual may always be in a position to bring forth information, in the form of facts or arguments, that could help the decision-maker reach a fair and prudent conclusion. It has long been recognized to be only rational as well as practical that the extent and character of such a participation should depend on the circumstances of the case and the nature of the decision to be made. This view of the manner in which the principle must be given effect in practice ought to be the same whether it comes into play through the jurisprudential duty to act fairly, or the common law requirements of natural justice, or as one of the prime constituents of the concept of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter. (“It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather they vary according to the context in which they are invoked,” *per* La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361.) The principle is obviously the same everywhere it applies.

[115] However, the requirements of fundamental justice apply differently as between the fairness of the process leading to the making of an order under subsection 38.06(2) or (3) and the consequences of such an order for Mr. Khawaja’s trial on the criminal charges pending against him. Mr. Khawaja’s liberty is not

conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l’art. 7, il faut satisfaire pour l’essentiel à chacune d’elles.

[114] Il est clair qu’une ordonnance qui prive un accusé de renseignements concernant sa défense soulève la question de son droit de présenter une défense pleine et entière, et la question de son droit de connaître les éléments invoqués contre lui. Il est moins évident qu’une disposition législative qui autorise des audiences *ex parte* au cours du processus consistant à rendre une telle ordonnance soulève de la même manière la question du droit de présenter une défense pleine et entière. Je ne conteste pas que les audiences *ex parte* soulèvent une question d’équité procédurale, une question qui ne saurait être mieux circonscrite que par la maxime *audi alteram partem*. Cette maxime oblige un décideur à s’assurer que la personne touchée par une décision a la possibilité de se faire entendre avant que la décision ne soit rendue. Sur ce point, voir l’arrêt *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.) (*Gallant*), le juge Marceau, aux pages 341 et 342, où l’on peut lire ce qui suit :

Le principe *audi alteram partem*, qui porte tout simplement que la personne dont les droits ou intérêts peuvent être touchés doit pouvoir participer au processus décisionnel, est fondé sur la prémisse suivante : la personne doit toujours avoir la possibilité de soumettre de l’information, sous forme de faits ou d’arguments, afin de permettre à l’instance décisionnelle de rendre une décision équitable et raisonnable. Il est reconnu depuis longtemps qu’en toute logique, et en pratique, la portée et la nature de cette participation dépendent des circonstances de l’espèce et de la nature de la décision à rendre. Cette interprétation de l’application pratique du principe doit être la même, peu importe que l’obligation d’agir équitablement soit fondée sur le devoir d’agir équitablement établi par la jurisprudence ou sur les principes de justice naturelle reconnus en common law ou sur le concept de justice fondamentale auquel se réfère l’article 7 de la Charte. (« Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. », le juge La Forest, dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361.) Le principe demeure évidemment le même, partout où il s’applique.

[115] Cependant, les exigences de la justice fondamentale s’appliquent différemment, selon qu’il s’agit de l’équité du processus conduisant au prononcé d’une ordonnance selon les paragraphes 38.06(2) ou (3), ou selon qu’il s’agit des conséquences d’une telle ordonnance quant au procès de M. Khawaja sur les

affected by the process leading to a decision under one of subsection 38.06(1), (2) or (3). It may be affected by the making of an order under one of those subsections.

[116] This is not to say that subsection 38.11(2) does not raise an issue of procedural fairness. The issue of procedural fairness arises whether the criminal process is engaged or not. That interest is best circumscribed by the maxim *audi alteram partem*. A decision which has consequences for Mr. Khawaja is being made in circumstances where he does not have access to some of the evidence filed, and some of the representations made. On its face, this does not comply with the requirements of procedural fairness. Does it result in a decision which is made outside the requirements of fundamental fairness? That is the issue raised by this appeal.

[117] In the result, I conclude that the *ex parte* proceedings which subsection 38.11(2) authorizes do not raise issues of full answer and defence, and of knowing the case to be met. I am also inclined to the view that *ex parte* proceedings under subsection 38.11(2) do not engage Mr. Khawaja's liberty interest simply because those proceedings have no impact upon Mr. Khawaja's liberty interest, even though the product of those proceedings may do so. That said, I am also of the view that even if Mr. Khawaja's liberty interest is engaged, subsection 38.11(2) proceedings do not affect that liberty interest other than in accordance with the principles of fundamental justice, a question to which I now turn.

Issue No. 2 – Are *ex parte* proceedings a denial of fundamental justice?

[118] What is the status of *ex parte* proceedings in constitutional terms?

[119] The Supreme Court recently addressed the issue of *ex parte* proceedings in *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, at paragraph 47, where the following appears:

accusations criminelles portées contre lui. La liberté de M. Khawaja n'est pas réduite par le processus conduisant à une décision fondée sur l'un des paragraphes 38.06(1), (2) ou (3). Elle peut être réduite par le prononcé d'une ordonnance fondée sur l'un de ces paragraphes.

[116] Cela ne veut pas dire que le paragraphe 38.11(2) ne soulève pas une question d'équité procédurale. La question de l'équité procédurale se pose, que la procédure criminelle soit engagée ou non. Ce droit à l'équité procédurale ne saurait être mieux circonscrit que par la maxime *audi alteram partem*. Une décision qui a des conséquences pour M. Khawaja est prise dans des circonstances où il n'a pas accès à certaines des preuves produites, et à certaines des observations faites. À première vue, cela ne s'accorde pas avec les exigences de l'équité procédurale. En résulte-t-il une décision qui est rendue au mépris des principes de justice fondamentale? C'est la question soulevée par le présent appel.

[117] En définitive, j'arrive à la conclusion que les audiences *ex parte* qu'autorise le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en cause la question du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, ni la question du droit d'un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui. Je suis également enclin à penser que les audiences *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté, et cela simplement parce qu'elles n'ont aucune incidence sur son droit à la liberté, même si l'issue de telle procédure peut avoir une telle incidence. Cela dit, je suis également d'avis que, même si le droit de M. Khawaja à la liberté est mis en jeu, la procédure du paragraphe 38.11(2) ne réduit pas ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale, aspect que j'aborderai maintenant.

Point n° 2 – Les audiences *ex parte* constituent-elles un déni de justice fondamentale?

[118] Quel est le statut des audiences *ex parte* sur le plan constitutionnel?

[119] La Cour suprême du Canada a récemment examiné la question des audiences *ex parte* dans l'arrêt *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, au paragraphe 47, où l'on peut lire ce qui suit :



However, it is important to note at the outset that the fallacy in Mr. Rodgers' argument is that it presupposes that notice and participation are themselves principles of fundamental justice, any departure from which must be justified in order to meet the minimal constitutional norm. As I read his reasons, Fish J. adopts the same reasoning. With respect, it is my view that this is not the proper approach. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. Notice and participation may or may not be required to meet this norm — it is well settled that what is fair depends entirely on the context: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 99; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Ruby*, at para. 39.

[120] This passage is relevant because it dispels any notion that *ex parte* proceedings are inherently unfair. Whether they are or not depends upon the circumstances and the context.

[121] The Supreme Court confirmed this position in *Charkaoui* where, in the context of an argument about the right to know the case to be met, it confirmed that the latter was not absolute in that legislation sometimes provides for *ex parte in camera* proceedings: see *Charkaoui*, at paragraph 57.

[122] It remains to be seen, therefore, whether *ex parte* proceedings are unfair in the context of section 38 proceedings.

Issue No. 3 – If not, are *ex parte* proceedings in a section 38 application a denial of fundamental justice?

[123] A useful starting point for this portion of the analysis is an examination of the rationale for *ex parte* submissions in section 38 proceedings. Mosley J.'s comments in the section 38 application which gave rise to the decision under appeal are instructive. At

Il importe de signaler d'abord que la prétention de M. Rodgers ne tient pas la route en ce qu'elle présuppose que le préavis et la participation sont en eux-mêmes des principes de justice fondamentale auxquels toute dérogation doit être justifiée pour satisfaire à la norme constitutionnelle minimale. Dans ses motifs, le juge Fish paraît partager ce point de vue. J'estime en toute déférence que ce raisonnement est erroné. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l'équité procédurale. Son respect peut exiger ou non un préavis et la présence à l'audience — il est bien établi que l'équité dépend entièrement du contexte : voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 99; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 744; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 225; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 540; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Ruby*, par. 39.

[120] Cet extrait est pertinent parce qu'il écarte toute idée que les audiences *ex parte* sont par nature contraires à l'équité. Ce sont les circonstances et le contexte qui diront si elles sont ou non contraires à l'équité.

[121] La Cour suprême a confirmé cette position dans l'arrêt *Charkaoui*, où, à propos d'un argument portant sur le droit de l'accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui, elle a confirmé que ce droit n'était pas absolu, en ce sens que la loi prévoit parfois la tenue d'audiences *ex parte* ou à huis clos : voir l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 57.

[122] Reste donc à savoir si les audiences *ex parte* sont injustes dans le contexte de la procédure de l'article 38.

Point n° 3 – Dans la négative, les audiences *ex parte*, tenues dans le cadre d'une demande présentée selon l'article 38, constituent-elles un déni de justice fondamentale?

[123] Un utile point de départ pour cette partie de l'analyse consiste à examiner la raison d'être des audiences *ex parte* dans la procédure de l'article 38. Les observations du juge Mosley à propos de la demande, présentée selon l'article 38, qui a donné lieu à la décision

paragraphs 135 and 136 of his reasons [*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547 (F.C.), Mosley J. wrote of the difficulty of assessing the possible value, to a patient and intelligent enemy, of seemingly innocuous bits of information:

The applicant asserts that in weighing these concerns the ability of an informed reader to correlate information must be taken into account. Known as the mosaic effect, this principle stipulates that each piece of information should not be considered in isolation, as seemingly unrelated pieces of information, which may not be particularly sensitive by themselves, could be used to develop a more comprehensive picture when assessed as a group. The applicant recognized in oral argument however that there is some level of difficulty in applying this in practice.

The mosaic effect was aptly described by the Federal Court in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243; affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.) (*Henrie*) wherein the Court recognized:

It is of some importance to realize than an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. [Emphasis added by Mosley J.]

That being said, though it is important to keep this underlying principle in mind when assessing whether or not information could be injurious if disclosed, in light of the difficulty of placing oneself in the shoes of such an “informed reader,” by itself the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Something further must be asserted as to why that particular piece of information should not be disclosed.

[124] The difficulty in deciding whether information, apparently innocuous on its face, has value to a hostile observer goes a long way towards explaining

dont appel est interjeté sont instructives. Aux paragraphes 135 et 136 de ses motifs, *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547 (C.F.), le juge Mosley évoquait la difficulté d’évaluer la valeur possible, pour un ennemi patient et intelligent, de renseignements apparemment anodins :

Le demandeur soutient que, pour l’appréciation de telles réserves, il faut tenir compte de la capacité d’un observateur bien informé de faire la synthèse des renseignements. Appelé « effet de mosaïque », ce principe dit qu’un renseignement ne doit pas être considéré isolément, car des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui en eux-mêmes ne sont peut-être pas particulièrement sensibles, pourraient, pris collectivement, servir à peindre un tableau plus précis. Le demandeur a reconnu dans ses arguments cependant qu’il est assez difficile de mettre ce principe en pratique.

L’effet de mosaïque a été exposé judicieusement par la Cour fédérale dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243; confirmé par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (la décision *Henrie*), où la Cour s’est exprimée en ces termes :

Il importe de se rendre compte qu’un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c’est-à-dire une personne qui s’y connaît en matière de sécurité et qui est membre d’un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l’observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu’il possède déjà, être en mesure d’en arriver à des deductions préjudiciables à l’enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. [Soulignement ajouté par le juge Mosley.]

Cela dit, même s’il importe de garder à l’esprit ce principe fondamental pour savoir si des renseignements peuvent être préjudiciables en cas de divulgation, ou non, l’effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, et cela parce qu’il est difficile de se mettre à la place d’un tel « observateur bien informé », une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué.

[124] La difficulté de décider si des renseignements, en apparence anodins, présentent de l’intérêt pour un observateur hostile explique en grande partie la décision

Parliament's decision to authorize *ex parte* submissions by the Attorney General. In order to permit the Attorney General to address the Court candidly without worrying about disclosing information the disclosure of which, it is alleged, would be injurious to Canada's legitimate interest in her national security, Parliament authorized the Court to receive *ex parte* evidence and submissions from the Attorney General.

[125] This uncertainty about seemingly innocuous information is what sets section 38 proceedings apart from other proceedings where the Court must decide whether to disclose information which, at the time of argument, is known to only one of the parties. An obvious example of the latter is a challenge to a claim of solicitor-client (legal advice) privilege. In those cases, the Court can rely on its own expertise in the subject-matter and need not rely on the guidance of the parties: see *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, at paragraph 21. In the case of section 38 proceedings, the subject-matter is outside a judge's normal range of experience and requires some assistance, assistance which can only be rendered *ex parte* if the information in question is to be kept confidential.

[126] As a result, it appears that the *ex parte* proceedings serve two purposes. They allow the Attorney General to provide the Court guidance on the intelligence value, if any, of information whose disclosure is sought, and they protect the confidentiality of that information at the same time.

[127] The fact that there is a rationale for *ex parte* proceedings does not make them fair. As we saw in the passage from *Gallant*, quoted above, *ex parte* proceedings are unfair because the affected party is not able to challenge the positions taken by the other party, thereby depriving the decision maker of the advantages of the adversarial system.

[128] From that perspective, fairness would appear to be achieved by disallowing *ex parte* proceedings, so that whatever is said or given to the decision maker is said or

du législateur d'autoriser le procureur général à présenter des observations *ex parte*. Afin de permettre au procureur général de s'adresser à la Cour franchement, sans se soucier de révéler des renseignements dont la divulgation serait, dit-on, préjudiciable aux intérêts légitimes du Canada en matière de sécurité nationale, le législateur a autorisé la Cour à recevoir du procureur général des preuves et conclusions en l'absence des autres parties.

[125] Cette incertitude à propos des renseignements apparemment anodins est ce qui distingue la procédure de l'article 38 des autres procédures où la Cour doit décider de la divulgation de renseignements qui, au moment où les arguments sont exposés, ne sont connus que de l'une des parties. Un exemple évident des autres procédures en question est le cas où est contestée une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat (consultations juridiques). Dans ces cas, la Cour peut s'en rapporter à sa propre connaissance du sujet, sans devoir compter sur les indications des parties : voir l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, au paragraphe 21. Dans le cas de la procédure de l'article 38, la question échappe au champ habituel d'expérience d'un juge et requiert une forme d'aide, aide qui ne pourra être apportée que d'une manière *ex parte* si les renseignements en cause doivent demeurer confidentiels.

[126] Il semble donc que les audiences *ex parte* ont deux objets. Elles permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur, le cas échéant, des renseignements dont la divulgation est demandée, et simultanément elles préservent la confidentialité des renseignements en cause.

[127] Le fait que les audiences *ex parte* puissent se justifier ne les rend pas pour autant équitables. Comme nous l'avons vu dans l'extrait de l'arrêt *Gallant*, susmentionné, les audiences *ex parte* ne sont pas équitables parce que la partie concernée n'est pas en mesure de contester les positions adoptées par l'autre partie, privant ainsi le décideur des avantages du système accusatoire.

[128] De ce point de vue, l'équité semblerait être réalisée par un rejet des audiences *ex parte*, de telle sorte que tout ce qui est dit ou donné au décideur sera dit ou

given to the other party. This case is different in that the nature of the material is such that disallowing *ex parte* proceedings changes the nature of what is said or given to the decision maker.

[129] This is so because the material submitted *ex parte*, to the extent that it contains or discloses information which is subject to the notice served under section 38.01, cannot be disclosed except by the Attorney General or in accordance with the terms of the Act. In order to usefully assist the Court, the evidence submitted and the representations made should make specific reference to the secret information and explain specifically how the disclosure of that specific information would be injurious. The disclosure of the secret information to the judge for that purpose is authorized by paragraph 38.01(6)(b) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act. The disallowance of *ex parte* proceedings would not in and of itself result in the disclosure of the secret information to Mr. Khawaja because that disclosure is not authorized by the Act. If the secret information cannot be disclosed in the course of the proceedings, then the evidence filed and the representations made by the Attorney General must be tailored to reflect that reality. As a result, if *ex parte* proceedings are disallowed in section 38 proceedings, the result may be more disclosure but not necessarily more meaningful disclosure.

[130] Is it the case that the secret information cannot be disclosed in the course of the proceedings? To answer that question, a brief review of the scheme described in sections 38 to 38.16 of the Act is necessary. Proceedings under the Act are triggered by the giving of notice by a party or an official that injurious information is about to be disclosed. Notice is to be given to both the Attorney General (subsection 38.01(1)) and to the officer presiding over the proceedings in the course of which disclosure would occur (subsection 38.01(2)). That presiding officer is bound to see that the information is not disclosed except in accordance with the provisions of the Act (subsection 38.01(2)). Subsection 38.01(6) provides that these restrictions on disclosure do not apply in three circumstances, one of which is disclosure to the Attorney General and to the judge or judges

donné à l'autre partie. La présente affaire est différente en ce sens que la nature des documents est telle que l'interdiction de la tenue d'audiences *ex parte* aura pour effet de modifier la nature de ce qui est dit ou donné au décideur.

[129] S'il en est ainsi, c'est parce que les documents produits *ex parte*, dans la mesure où ils renferment ou révèlent des renseignements qui sont sujets à l'avis signifié en vertu de l'article 38.01, ne peuvent être divulgués, si ce n'est par le procureur général ou en conformité avec les dispositions de la Loi. Pour aider la Cour d'une manière utile, les preuves produites et les observations faites devraient faire explicitement référence aux renseignements secrets et expliquer précisément en quoi la divulgation de ces renseignements particuliers serait préjudiciable. La divulgation des renseignements secrets au juge à cette fin est autorisée par l'alinéa 38.01(6)b [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi. Le fait d'interdire les audiences *ex parte* ne conduirait pas en tant que tel à la divulgation des renseignements secrets à M. Khawaja, parce que cette divulgation n'est pas autorisée par la Loi. Si les renseignements secrets ne peuvent pas être divulgués au cours de l'instance, alors les preuves produites et les observations faites par le procureur général devront refléter cette réalité. En conséquence, si les audiences *ex parte* étaient proscrites dans la procédure de l'article 38, le résultat pourrait être une divulgation accrue, mais pas nécessairement une divulgation plus significative.

[130] Est-il vrai que les renseignements secrets ne peuvent pas être divulgués au cours de l'instance? Pour répondre à cette question, un bref survol du régime décrit dans les articles 38 à 38.16 de la Loi est nécessaire. L'instance dont parle la Loi est déclenchée lorsqu'une partie ou un haut fonctionnaire donne avis de la divulgation imminente de renseignements potentiellement préjudiciables. Avis doit être donné à la fois au procureur général (paragraphe 38.01(1)) et à la personne présidant l'instance au cours de laquelle la divulgation aurait lieu (paragraphe 38.01(2)). La personne qui préside l'instance doit veiller à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec les dispositions de la Loi (paragraphe 38.01(2)). Le paragraphe 38.01(6) dispose que ces restrictions à la divulgation ne s'appliquent pas dans trois

responsible for making the determinations as to whether disclosure is authorized: see paragraph 38.01(6)(b). These provisions are reproduced below:

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

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

...

(6) This section does not apply when

...

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

[131] Once the application of section 38 and its related provisions has been triggered, there is a blanket prohibition on disclosure which applies to the judge or judges disposing of the section 38 application, except to the extent that an order permitting disclosure is made pursuant to subsection 38.06(1) or (2). This is the combined effect of paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and the limited exception found at paragraph 38.02(2)(b) [(as enacted *idem*), (c) (as enacted *idem*, ss. 43, 141)]:

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

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

cas, dont l'un est la divulgation au procureur général et au juge chargé de décider si la divulgation est autorisée : voir l'alinéa 38.01(6)b). Ces dispositions sont reproduites ci-après :

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

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

[...]

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

[...]

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

[131] Une fois déclenchée l'application de l'article 38 et de ses dispositions connexes, il y a interdiction générale de divulgation, interdiction qui s'applique au juge appelé à statuer sur la demande, sauf dans la mesure où une ordonnance autorisant la divulgation est rendue, en application des paragraphes 38.06(1) ou (2). Il s'agit là de l'effet combiné de l'alinéa 38.02(1)a) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et de l'exception restreinte figurant à l'alinéa 38.02(2)b) [(édicte, *idem*), c) (édicte, *idem*, art. 43, 141)] :

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

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

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

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

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

...

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

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

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

[132] The conclusion which I draw from this is that the judge presiding over a section 38 proceeding has no power to disclose, or to order the disclosure of, the secret information for the purpose of the section 38 application itself. This conclusion is unavoidable given the blanket prohibition at paragraph 38.02(1)(a), to which a specific exception is made for an order pursuant to subsections 38.06(1) and (2). This narrow exception leaves no room for any kind of implied power of disclosure for the purposes of the application itself.

[133] The Act allows the Attorney General to disclose all or part of the information at any time and upon such terms as the Attorney General chooses: see subsection 38.03(1):

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

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

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

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

[...]

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

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

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

[132] La conclusion que je tire de tout cela est que le juge qui préside une instance introduite en vertu de l'article 38 n'a pas le pouvoir de procéder à la divulgation, ou d'ordonner la divulgation, des renseignements secrets aux fins de la demande elle-même présentée en vertu de l'article 38. Cette conclusion est incontournable, étant donné l'interdiction générale figurant à l'alinéa 38.02(1)a), interdiction à laquelle est apportée une exception pour une ordonnance rendue conformément aux paragraphes 38.06(1) et (2). Cette exception étroite ne laisse aucune place à l'exercice d'un quelconque pouvoir implicite de divulgation aux fins de la demande elle-même.

[133] Selon la Loi, le procureur général peut à tout moment autoriser la divulgation totale ou partielle des renseignements, aux conditions qu'il estime indiquées : voir le paragraphe 38.03(1) :

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

[134] Presumably, that discretion would extend to disclosure to counsel appointed on behalf of the accused person (in the criminal context). If the Attorney General chose not to exercise his discretion in that fashion, I can see nothing in the Act which would allow the Court to intervene.

[135] The upshot of all this is that the Court could not order, and the Attorney General could not be compelled to provide, disclosure of the secret information to Mr. Khawaja, or anyone appointed on his behalf in any capacity.

[136] This, in turn, means that if the Attorney General were not allowed to proceed *ex parte*, the evidence which he put before the Court, and his submissions opposing the disclosure of the information in question would necessarily be drafted so as to not communicate any information which would disclose, directly or indirectly, the secret information. So, for examples, *ex parte* representations which said “The notes of Agent X with respect to his conversation with Mr. Y cannot be disclosed because they allow the reader to infer that Mr. Y has a source within group Z” would simply become “The passage at lines 5 to 20 on page 12 of volume 10 cannot be disclosed because they either disclose, or allow one to infer, the existence of a source.” The presiding judge, who would have the material in question before him or her, would be severely constrained in his or her ability to test or challenge that assertion in the presence of the person interested. That person, who would not have the confidential material before him or her, would simply be unable to mount any kind of a reasoned challenge to the Attorney General’s assertion.

[137] In the end, the disallowance of *ex parte* proceedings would have the unintended consequence of reducing, rather than increasing, scrutiny of the Attorney General’s allegations with respect to injury to national security without providing any additional protection for the accused person’s interests. In those very particular circumstances, if the process set out in section 38 and its related sections is unfair to Mr. Khawaja, it is not because of the *ex parte* proceedings which are authorized

[134] Ce pouvoir discrétionnaire engloberait sans doute la divulgation à l’avocat nommé au nom de l’accusé (dans le contexte d’une procédure criminelle). Si le procureur général a choisi de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de cette façon, je ne vois dans la Loi aucune disposition autorisant la Cour à intervenir.

[135] Le résultat de tout cela est que la Cour ne pourrait pas ordonner, et le procureur général ne pourrait pas être contraint d’assurer, la divulgation des renseignements secrets à M. Khawaja, ou à quiconque nommé en son nom à quelque titre que ce soit.

[136] Cela veut dire en revanche que, si le procureur général n’était pas autorisé à procéder *ex parte*, les preuves qu’il a produites devant la Cour, et les observations qu’il a présentées en opposition à la divulgation des renseignements en cause, seraient nécessairement rédigées de manière à ce que ne soit communiqué aucun renseignement dont l’effet serait de divulguer, directement ou non, les renseignements secrets. Ainsi, des observations *ex parte* selon lesquelles « les notes de l’agent X à propos de la conversation qu’il a eue avec M. Y ne peuvent pas être divulguées parce qu’elles permettraient au lecteur d’en déduire que M. Y a une source au sein du groupe Z » deviendraient simplement : « le passage allant de la ligne 5 à la ligne 20, à la page 12 du volume 10, ne peut pas être divulgué parce qu’il révèle l’existence d’une source ou permet de conclure à l’existence d’une source ». Le juge qui préside l’instance, et qui aurait devant lui les documents en cause, serait gravement entravé dans sa capacité de vérifier ou de contester cette affirmation en la présence de la personne concernée. Cette personne, qui n’aurait pas devant elle les documents confidentiels, ne serait tout simplement pas en état de réfuter d’une manière le moins raisonnée l’affirmation du procureur général.

[137] Finalement, l’interdiction de la tenue d’audiences *ex parte* aurait pour conséquence inattendue de réduire, au lieu d’accroître, l’examen des allégations du procureur général portant sur le préjudice à la sécurité nationale, sans pour autant apporter une protection additionnelle aux droits de l’accusé. Dans ces circonstances très particulières, si le processus énoncé dans les articles 38 et suivants n’est pas équitable pour M. Khawaja, ce n’est pas à cause des audiences *ex parte*,

by subsection 38.11(2) but because of the provisions which prohibit disclosure of the secret information except pursuant to subsections 38.06(1) and (2). Without that disclosure, Mr. Khawaja's participatory rights, which subsection 38.11(2) denies him, are hollow in any event. As a result, their denial is not, in and of itself, a denial of fundamental justice.

[138] Is it a denial of fundamental justice for the Attorney General to say, in Mr. Khawaja's absence, things which he could not say in his presence? Given that notice and participation are not themselves principles of fundamental justice, the question cannot be answered on the basis of an invariable rule that notice and participation are required. If the rationale for the *audi alteram partem* rule is to allow a party to bring forward information "that could help the decision-maker reach a fair and prudent conclusion" (see *Gallant*, as quoted above), then the question is whether the capacity of the decision maker to arrive at such a conclusion has been diminished by the fact of *ex parte* proceedings.

[139] Taking the law as to disclosure to be as I have described it, the answer to the question just posed is that the capacity of the decision maker to arrive at a fair and prudent decision has, in the circumstances been improved, over what it would otherwise have been, by the fact of *ex parte* proceedings. The absence of Mr. Khawaja means that the Attorney General can speak freely and specifically of the risks of disclosure but more importantly, the applications Judge can ask specific questions and expect specific answers. None of this is possible if the judge and counsel for the Attorney General are required to speak at a level of generality which precludes full disclosure and close questioning by the judge hearing the application.

[140] As a result, I am of the view that Mr. Khawaja has failed to show that subsection 38.11(2) is constitutionally invalid for depriving him of his right to liberty other than in accordance with the principles of fundamental justice. On the contrary, assuming that Parliament was entitled to restrict the disclosure of the

qui sont autorisées par le paragraphe 38.11(2), mais à cause des dispositions qui interdisent la divulgation des renseignements secrets si ce n'est en conformité avec les paragraphes 38.06(1) et (2). Sans cette divulgation, les droits de participation de M. Khawaja, droits que lui nie le paragraphe 38.11(2), sont en tout état de cause illusoire. Le fait qu'ils soient niés n'est donc pas en soi un déni de justice fondamentale.

[138] Est-ce un déni de justice fondamentale de la part du procureur général que de dire, en l'absence de M. Khawaja, des choses qu'il ne pourrait pas dire en sa présence? Vu que l'avis et la participation ne sont pas eux-mêmes des principes de justice fondamentale, on ne saurait répondre à la question en invoquant une règle invariable selon laquelle l'avis et la participation sont requis. Si la raison d'être de la règle *audi alteram partem* est de laisser une partie produire des renseignements « afin de permettre à l'instance décisionnelle de rendre une décision équitable et raisonnable » (voir l'arrêt *Gallant*, précité), alors la question est de savoir si la capacité de l'instance décisionnelle d'en arriver à une telle décision a été réduite en raison d'audiences *ex parte*.

[139] Si l'on présume que les règles de la divulgation sont telles que je les ai décrites, la réponse à la question qui vient d'être posée est que la capacité de l'instance décisionnelle d'arriver à une décision équitable et raisonnable a, dans ces conditions, été améliorée, grâce aux audiences *ex parte*, par rapport à ce qu'elle aurait été autrement. L'absence de M. Khawaja signifie que le procureur général peut parler librement et explicitement des risques que pose la divulgation, mais, aspect plus important, le juge de première instance peut lui poser des questions précises et compter sur des réponses précises. Rien de cela n'est possible si le juge et l'avocat du procureur général sont tenus de s'exprimer à un niveau de généralité qui fait obstacle à une pleine divulgation et à un interrogatoire serré de la part du juge saisi de la demande.

[140] Finalement, je suis d'avis que M. Khawaja n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) est invalide sur le plan constitutionnel parce qu'il le prive de son droit à la liberté autrement qu'en accord avec les principes de justice fondamentale. Au contraire, si l'on suppose que le législateur était fondé à restreindre comme il l'a fait



secret information in the way it did, *ex parte* proceedings appear to me to be the best way to ensure that the judge's decision as to the public interest in non-disclosure is as well informed as it could be. The possibility of *ex parte* communications from Mr. Khawaja as to his intended defence, which is also an exercise of the right to make *ex parte* proceedings authorized by subsection 38.11(2), could also assist the judge in assessing the optimal level of disclosure consistent with the demands of national security. Mr. Khawaja chose not to take advantage of that opportunity for tactical reasons but that does not detract from the contribution which such representations could make to the quality of the ultimate decision to disclose, in whole or in part, the secret information.

Issue No. 4 – If they are not, are they a denial of Mr. Khawaja's right to a fair and public trial under paragraph 11(d) of the Charter?

[141] In the circumstances, the last issue, whether subsection 38.11(2) is saved by section 1 of the Charter does not arise. In addition, Mr. Khawaja's challenge to subsection 38.11(2) on the basis that it infringes his right to a fair and public trial also fails. The challenge with respect to fairness fails for the same reason as does the challenge based on section 7. The challenge based on the right to a fair trial fails as well. Nothing in subsection 38.11(2) has any incidence upon his right to a public trial. All of the state's evidence against him will be put before the Court and before him in an open courtroom.

## CONCLUSION

[142] Mr. Khawaja has not succeeded in showing that the fact that the Attorney General is authorized to make *ex parte* representations is an infringement of his right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. He has not shown that subsection 38.11(2) engages the elements of fundamental justice in a criminal context, in particular, the right to know the case to meet and the right to make full answer and defence. Subsection 38.11(2) does not

la divulgation des renseignements secrets, la tenue d'audiences *ex parte* me semble la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est aussi informée qu'elle pourrait l'être. La possibilité de communications *ex parte* de M. Khawaja sur la défense qu'il entend opposer, possibilité qui est également un exercice du droit de faire des observations *ex parte* en application du paragraphe 38.11(2), pourrait également aider le juge à établir le niveau optimal de divulgation, d'une manière qui s'accorde avec les impératifs de la sécurité nationale. M. Khawaja a choisi de ne pas tirer parti de cette possibilité, pour des raisons tactiques, mais cela ne diminue en rien la contribution que de telles observations pouvaient apporter à la qualité de la décision ultime de divulguer, en totalité ou en partie, les renseignements secrets.

Point n° 4 – Dans la négative, reviennent-elles à nier le droit de M. Khawaja à un procès public et équitable selon ce que prévoit l'alinéa 11d) de la Charte?

[141] Dans ces conditions, le dernier point, celui de savoir si le paragraphe 38.11(2) est validé par l'article premier de la Charte, ne se pose pas. En outre, la contestation par M. Khawaja du paragraphe 38.11(2) au motif que cette disposition porte atteinte à son droit à un procès public et équitable, n'est pas non plus recevable. La contestation qui concerne l'équité est irrecevable pour la même raison, tout comme la contestation fondée sur l'article 7. La contestation fondée sur le droit à un procès équitable est irrecevable également. Le paragraphe 38.11(2) n'a aucune incidence sur son droit à un procès public. Toute la preuve qui pèse contre lui sera exposée devant la Cour et devant lui en audience publique.

## DISPOSITIF

[142] M. Khawaja n'a pas réussi à démontrer que le fait que le procureur général soit autorisé à présenter des observations *ex parte* constitue une atteinte à son droit de ne pas être privé de liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) met en jeu les éléments de justice fondamentale dans un contexte criminel, en particulier le droit de l'accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui et le droit de l'accusé de

engage Mr. Khawaja's section 7 liberty interest, but if it does, it does so only with respect to Mr. Khawaja's participatory rights in the section 38 proceedings.

[143] Those participatory rights have limited scope in light of the stringent restrictions on disclosure of the secret information. So long as the state is entitled to withhold that information in the name of a protected interest, then, paradoxically, *ex parte* proceedings advance the policy underlying notice and participation.

[144] As a result, I would dismiss the appeal.

présenter une défense pleine et entière. Le paragraphe 38.11(2) ne met pas en jeu le droit à la liberté garanti à M. Khawaja par l'article 7, mais, s'il le met en jeu, il ne le fait qu'à l'égard des droits de participation de M. Khawaja à la procédure de l'article 38.

[143] Ces droits de participation ont une portée restreinte eu égard aux limites rigoureuses à la divulgation des renseignements secrets. Dans la mesure où l'État est fondé à ne pas communiquer ces renseignements, au nom d'un intérêt protégé, alors, paradoxalement, la tenue d'audiences *ex parte* favorise le principe à l'origine de l'avis et de la participation.

[144] Finalement, je rejetterais l'appel.