

T-739-06
2007 FC 128

T-739-06
2007 CF 128

Toronto Star Newspapers Limited and Kassim Mohamed (Plaintiffs)

Toronto Star Newspapers Limited et Kassim Mohamed (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen in right of Canada (Defendant)

Sa Majesté la Reine du Chef du Canada (défenderesse)

INDEXED AS: TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : TORONTO STAR NEWSPAPERS LTD. c. CANADA (C.F.)

Federal Court, Lutfy C.J.—Toronto, September 25, October 18, 2006; Ottawa, February 5, 2007.

Cour fédérale, juge en chef Lutfy—Toronto, 25 septembre et 18 octobre 2006; Ottawa, 5 février 2007.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Motion challenging constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) as contrary to fundamental freedom of expression, media protected by Charter, s. 2(b) — Attorney General notified secret information to be disclosed in civil action against it — Commenced designated proceeding under Act, s. 38 to have Court determine whether secret information should be disclosed — Authorized disclosure of existence of designated procedure — Plaintiff newspaper commencing constitutional challenge — Open court principle core democratic principle inextricably linked to s. 2(b) freedoms — Requiring media access, timely publication — Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Requête contestant la constitutionnalité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif qu'ils portent atteinte aux libertés d'expression et de presse garanties par l'art. 2b) de la Charte — Le procureur général a appris que des renseignements secrets seraient divulgués dans le cadre d'une action civile intentée contre lui — Il a demandé, en vertu de l'art. 38 de la Loi, à la Cour de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets — La divulgation de cette demande a été autorisée — Le demandeur (Toronto Star) a entamé une contestation de nature constitutionnelle — Le principe de la publicité des débats judiciaires est une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales que protège l'art. 2b) — Ce principe exige l'accès des médias et la publication en temps opportun — Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte.

Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Plaintiffs challenging constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) — Parties agreeing impugned provisions infringing Charter, s. 2(b) — Impugned provisions doing more than minimally required to safeguard secret information, therefore trenching unduly on open court principle — Provisions failing at minimal impairment branch of R. v. Oakes test, could not be saved under Charter, s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Les demandeurs contestent la constitutionnalité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada — Les parties reconnaissent que les dispositions contestées portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte — Les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires — Ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt R. c. Oakes et ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier de la Charte.

Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Canada Evidence Act, ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) infringing Charter, s. 2(b), not saved by s. 1 — Reading down

Droit constitutionnel — Charte des droits — Recours — Les art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) portent atteinte à l'art. 2b) de la Charte, et ils ne pouvaient pas être sauvegardés en vertu

approach adopted by S.C.C. in Ruby v. Canada (Solicitor General) appropriate manner by which to remedy constitutional defects in impugned provisions — Mandatory confidentiality requirements in ss. 38.04(4), 38.11(1), 38.12(2) to be read down, as constitutional remedy, to apply only to ex parte representations provided for in s. 38.11(2) — All court records accessible to non-government party presumptively available to public.

Evidence — Constitutionality of Canada Evidence Act, ss. 38.04, 38.11(1), 38.12(2) challenged as contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b) (guaranteeing freedom of expression, media) — Parties agreeing Charter infringed — Not saved by Charter, s. 1 — Remedy to read down provisions.

This was a motion brought by the plaintiffs challenging the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* as they infringe their rights guaranteed by paragraph 2(b) (freedom of expression, and of the media) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In September 2004, the plaintiff Kassim Mohamed sued the Attorney General of Canada for damages and other relief, alleging that the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Security Intelligence Service disclosed his personal information to foreign security agencies. After being notified that secret information was about to be disclosed, the Attorney General of Canada launched a designated proceeding pursuant to sections 38 and following to have the Federal Court determine whether such information should be disclosed. As a result of the Attorney General's authorization to disclose the existence of the designated procedure, the Toronto Star Newspapers Ltd., which had been following the civil action, was informed of the designated proceeding. The plaintiffs challenged the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*. Subsection 38.04(4) requires that confidentiality be maintained in respect of all applications made pursuant to section 38; subsection 38.11(1) requires that section 38 application hearings be heard in private and subsection 38.12(2) requires that confidentiality be maintained in respect of all court records related to a section 38 proceeding. The combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to deny the plaintiff, the Toronto Star, access to the section 38 application and all Court records associated with the designated proceeding. The Attorney General of Canada agreed with the plaintiffs that the impugned provisions violate the open court principle, a core democratic value inextricably linked to the fundamental freedoms of expression and of the media protected under paragraph 2(b) of the Charter.

de l'article premier — La méthode de l'interprétation atténuante qui a été adoptée par la C.S.C. dans l'arrêt Ruby c. Canada (Solliciteur général) est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées sur le plan constitutionnel — Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des art. 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) devraient faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser que les observations ex parte qui sont mentionnées à l'art. 38.11(2) — Tous les documents auxquels a accès la partie non gouvernementale sont en principe accessibles au public.

Preuve — Contestation de la constitutionnalité des art. 38.04, 38.11(1) et 38.12(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif qu'ils portent atteinte à l'art. 2b) (qui garantit les libertés d'expression et de la presse) de la Charte canadienne des droits et libertés — Les parties reconnaissent que ces dispositions portent atteinte à la Charte — Ces dispositions ne pouvaient pas être sauvegardées par l'article premier — L'interprétation atténuante est le recours indiqué.

Il s'agissait d'une requête présentée par les demandeurs pour contester la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif qu'ils portent atteinte à leurs droits garantis par l'alinéa 2b) (libertés d'expression et de la presse) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En septembre 2004, le demandeur Kassim Mohamed a intenté une poursuite contre le procureur général du Canada en vue d'obtenir des dommages-intérêts et d'autres mesures de réparation, alléguant que la Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité ont communiqué ses renseignements personnels à des agences de sécurité étrangères. Après avoir été avisé que des renseignements secrets étaient sur le point d'être divulgués, le procureur général du Canada a demandé, en vertu des articles 38 et suivants, à la Cour fédérale de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets. Après que le demandeur Kassim Mohamed ait obtenu l'autorisation du procureur général de révéler le fait qu'il avait présenté cette demande, Toronto Star Newspapers Ltd., qui suivait l'action civile, a été informé de la présentation de cette demande. Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 38.04(4) impose la confidentialité à toutes les demandes présentées en vertu de l'article 38; le paragraphe 38.11(1) exige que les audiences relatives à la demande présentée en vertu de l'article 38 ait lieu à huis clos et le paragraphe 38.12(2) impose la confidentialité à tous les dossiers qui se rapportent à l'instance se déroulant sous l'empire de l'article 38. Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d'empêcher le demandeur, le Toronto Star, d'avoir accès à la demande présentée en vertu de l'article 38 de même qu'à tous les dossiers pertinents. Le procureur général du Canada a convenu avec les demandeurs que les

Accordingly, the issues were: (1) whether the impugned provisions are saved under section 1 of the Charter; (2) if not, what was the appropriate constitutional remedy?

Held, the impugned provisions should be read down so as to apply only to *ex parte* representations envisaged in subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.

(1) The defendant bore the onus of establishing that the impugned provisions are saved by section 1 of the Charter in keeping with the justificatory test established by the Supreme Court of Canada in *The Queen v. Oakes*. In this proceeding, no section 1 affidavit evidence was filed. The Attorney General argued that paragraph 38.04(5)(c) may be interpreted as conferring upon the Court discretion to allow Toronto Star to access the private records subject to a publication ban. Granting access to one media outlet falls well short of justifying the infringement of the open court principle and the presumptive openness of judicial proceedings. The open court principle requires media access and timely publication. The impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle. Accordingly, they failed at the minimal impairment branch of the *Oakes* test and could not be saved under section 1 of the Charter. Subsection 38.11(1) is overbroad in closing the court to the public even where no secret information is at risk to justify a departure from the open court principle. Subsections 38.04(4) and 38.12(2) are also overbroad in subjecting all court records associated with the private sessions to mandatory confidentiality requirements where no secret information is at risk to justify a departure from the general principle of open courts.

(2) Subsections 38.04(4) and 38.12(1) of the Act reflect Parliament's intent to afford the designated judge the discretion to adopt any confidentiality measures required to safeguard secret information. Even if recourse to the *Federal Courts Rules* is not necessary, the latter do afford the Court a further flexibility to adopt any measures to prevent the inappropriate disclosure of secret information. Reading down, the approach adopted by the Supreme Court of Canada in

dispositions contestées sont contraires au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales d'expression et de la presse que protège l'alinéa 2b) de la Charte. Les questions en litige étaient donc celles de savoir : 1) si les dispositions contestées étaient sauvegardées par l'article premier de la Charte; et 2) dans la négative, quelle était la mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel.

Jugement : les dispositions contestées sont lues de façon à ne viser, au terme d'une interprétation atténuante, que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

1) Il incombait à la défenderesse d'établir que les dispositions contestées étaient sauvegardées par l'article premier de la Charte, conformément au critère justificatif établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*. En l'espèce, aucun affidavit relatif à l'article premier n'a été déposé. Le procureur général a affirmé qu'il est possible d'interpréter l'alinéa 38.04(5)c) comme conférant à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le Toronto Star à avoir accès aux dossiers sous scellé sous réserve d'une ordonnance de non-publication. Le fait de donner accès à un média en particulier est bien loin de justifier l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires ou à la présomption de la transparence des instances judiciaires. Le principe de la publicité des débats judiciaires exige l'accès des médias et la publication en temps opportun. Les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Par conséquent, ces dispositions ne constituaient pas une atteinte minimale au sens de l'arrêt *Oakes* et ne pouvaient pas être sauvegardées en vertu de l'article premier de la Charte. Le paragraphe 38.11(1) est d'une portée excessive lorsqu'il exclut le public des audiences même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe de la publicité des débats judiciaires. De même, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) sont d'une portée excessive car ils imposent à tous les documents judiciaires relatifs aux audiences tenues à huis clos des exigences de confidentialité dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe général de la publicité des débats judiciaires.

2) Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) de la Loi reflètent l'intention du législateur d'accorder au juge désigné le pouvoir discrétionnaire d'adopter toute mesure de confidentialité qui s'avère nécessaire pour la sauvegarde de renseignements secrets. Même s'il n'est pas nécessaire de se rabattre sur les *Règles des Cours fédérales*, ces Règles donnent à la Cour la latitude nécessaire pour prendre n'importe quelle mesure permettant d'empêcher la divulgation indue de renseignements

Ruby v. Canada (Solicitor General), is the appropriate manner by which to remedy the constitutional defects in the impugned provisions of section 38. Subsection 38.11(1) ought to be read down as a constitutional remedy to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As in *Ruby*, the effect of this decision will be that private sessions are presumptively open to the public. In the exceptional event where the exclusion of the public may be justified even when all parties are present, subsections 38.04(4) and 38.12(1) provide the Court with the discretionary authority to adopt such measures as are warranted by the circumstances to protect the confidentiality of secret information. The mandatory confidentiality requirements in subsections 38.04(4) and 38.12(2) should also be read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As a result of this decision, all court records accessible to the non-government party are presumptively available to the public.

secrets. La méthode de l'interprétation atténuante qui a été adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées de l'article 38 sur le plan constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, la mesure indiquée consiste donc à interpréter de façon atténuante le paragraphe 38.11(1), de façon à ce qu'il ne vise que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2). Comme dans l'arrêt *Ruby*, la présente décision signifie que, en principe, les audiences à huis clos sont ouvertes au public. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié d'exclure le public même quand toutes les parties sont présentes, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de prendre au besoin les mesures pour protéger la confidentialité de renseignements secrets, si les circonstances le justifient. Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) devraient elles aussi faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser donc que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2). En raison de cette décision, tous les documents auxquels a accès la partie non gouvernementale sont en principe accessibles au public.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1-36.3 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38 "potentially injurious information" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141(5)), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(6)), 38.04(2) (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), (4) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 38.13 (as enacted *idem*), 38.131 (as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 17(3)(b) (as am. *idem*, s. 25).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 26 (as am. by SOR/2002-417, s. 3), 29, 151.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 46, 51.

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, 2(b).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02(1) (édicte, *idem*, art. 43, 141(5)), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141(6)), 38.04(2) (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), (4) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.09 (édicte, *idem*), 38.1 (édicte, *idem*), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 38.13 (édicte, *idem*), 38.131 (édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.1 à 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 46, 51.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 17(3)(b) (mod., *idem*, art. 25).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 26 (mod. par DORS/2002-417, art. 3), 29, 151.

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; *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; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335.

CONSIDERED:

Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General) (2004), 122 C.R.R. (2d) 359; 255 F.T.R. 173; 2004 FC 1052; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332; (2004), 240 D.L.R. (4th) 147; [2005] 2 W.W.R. 671; 199 B.C.A.C. 1; 33 B.C.L.R. (4th) 261; 184 C.C.C. (3d) 515; 21 C.R. (6th) 142; 120 C.R.R. (2d) 203; 322 N.R. 161; 2004 SCC 43.

REFERRED TO:

Mulroney v. Canada (Attorney General) (1997), 125 F.T.R. 31 (F.C.T.D.); *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)* (1995), 95 F.T.R. 35 (F.C.T.D.); *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188; (2005), 253 D.L.R. (4th) 577; 197 C.C.C. (3d) 1; 29 C.R. (6th) 251; 132 C.R.R. (2d) 178; 335 N.R. 201; 200 O.A.C. 348; 2005 SCC 41; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; (1996), 182 N.B.R. (2d) 81; 139 D.L.R. (4th) 385; 110 C.C.C. (3d) 193; 2 C.R. (5th) 1; 39 C.R.R. (2d) 189; 203 N.R. 169; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; (1989), 103 A.R. 321; 64 D.L.R. (4th) 577; [1990] 1 W.W.R. 577; 71 Alta. L.R. (2d) 273; 45 C.R.R. 1; 102 N.R. 321; *Attorney General of Nova Scotia et al. v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; (1982), 49 N.S.R. (2d) 609; 132 D.L.R. (3d) 385; 65 C.C.C. (2d) 129; 26 C.R. (3d) 193; 40 N.R. 181; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Ribic v. Canada*, 2002 FCT 290; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2002), 221 F.T.R. 310; 2002 FCT 839; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044; *Ribic v. Canada (Attorney General)* (2003), 250 F.T.R. 161; 2003 FCT 10; affd [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 250 F.T.R. 1; 2003 FCT 43; affd [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1052; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; 2004 CSC 43.

DÉCISIONS CITÉES :

Mulroney c. Canada (Procureur général), [1997] A.C.F. n° 1 (1^{re} inst.) (QL); *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1995] A.C.F. n° 619 (1^{re} inst.) (QL); *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188; 2005 CSC 41; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; (1996), 182 R.N.-B. (2^e) 81; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse et autre c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Ribic c. Canada*, 2002 CFPI 290; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044; *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CFPI 43; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678.

MOTION challenging the constitutionality of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act*. The impugned provisions should be read down so as to apply only to *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

APPEARANCES:

Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland and Rahool Agarwal for plaintiff Toronto Star Newspapers Ltd.

Lorne Waldman for plaintiff Kassim Mohamed.

Alain Préfontaine for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, for plaintiff Toronto Star Newspapers Ltd.

Waldman & Associates, Toronto, for plaintiff Kassim Mohamed.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] LUTFY C.J.: For some 25 years now, hearings in the Federal Court have been held in private for the determination of whether national security information should be disclosed, despite the objection of the Attorney General of Canada. The requirement for closed hearings applies even for those segments of the litigation where all the parties are present and no secret information is being reviewed by the Court. This proceeding is the first constitutional challenge to the mandatory statutory provisions requiring this degree of secrecy.

[2] Where the court sessions and the court records are available to all parties in the litigation, I have concluded that the confidentiality requirements infringe unjustifiably on the open court principle. The appropriate constitutional remedy is to read down the impugned statutory provisions to apply only to court sessions and

REQUÊTE présentée pour contester la constitutionnalité des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les dispositions contestées sont lues de façon à viser, au terme d'une interprétation atténuante, que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

ONT COMPARU :

Paul B. Schabas, Ryder L. Gilliland et Rahool Agarwal pour le demandeur Toronto Star Newspapers Ltd.

Lorne Waldman pour le demandeur Kassim Mohamed.

Alain Préfontaine pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Blake, Cassels & Graydon LLP, Toronto, pour le demandeur Toronto Star Newspapers Ltd.

Waldman & Associates, Toronto, pour le demandeur Kassim Mohamed.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE EN CHEF LUTFY : Depuis 25 ans environ, lorsque la Cour fédérale est appelée à décider s'il convient ou non de divulguer des renseignements touchant la sécurité nationale, elle tient ses audiences à huis clos, malgré l'opposition du procureur général du Canada. L'obligation d'interdire au public l'accès aux audiences s'applique même aux phases de l'instance où toutes les parties sont présentes et où la Cour n'examine aucun renseignement secret. En l'espèce, il s'agit de la première contestation de la constitutionnalité des dispositions légales qui imposent cette mesure de secret.

[2] Je conclus que lorsque toutes les parties à l'instance ont accès aux audiences du tribunal et aux dossiers, les exigences en matière de confidentialité portent indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Sur le plan constitutionnel, la mesure de redressement indiquée consiste à interpréter de façon

court records when secret information is in play. The effect of this decision is that court sessions at which all of the parties are present and court records available to all of the parties are presumptively open to the public.

Factual Background

[3] In September 2004, Kassim Mohamed sued the Attorney General of Canada for damages and other relief, alleging that both the Royal Canadian Mounted Police and the Canadian Security Intelligence Service disclosed his personal information to foreign security agencies. In Mr. Mohamed's view, this disclosure resulted in his two-week detention by Egyptian authorities. His action is pending in the Federal Court under Court file No. T-1666-04 (the civil action).

[4] During the discovery process in the civil action, the Attorney General of Canada was notified that "potentially injurious information" [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] or "sensitive information" [as enacted *idem*] as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (secret information) was about to be disclosed. Secret information, in general terms, is information relating to international relations, national defence or national security.

[5] On January 5, 2006, after receiving this notification, the Attorney General of Canada launched a designated proceeding pursuant to section 38 and following of the Act [sections 38.01-38.16] (sometimes referred to collectively as "section 38") to have the Federal Court determine whether the secret information should be disclosed: *Canada (Attorney General) v. Mohamed*, Court file No. DES-1-06 (the designated proceeding).

[6] On January 25, 2006, the Attorney General of Canada authorized counsel for Mr. Mohamed to disclose the existence of the designated proceeding. As early as August 2005, the Federal Court's publicly accessible

atténuante les dispositions légales contestées : les audiences et les dossiers ne peuvent être interdits au public que lorsque des renseignements secrets sont en jeu. Par conséquent, les audiences du tribunal auxquelles toutes les parties sont présentes et les dossiers auxquels celles-ci ont toutes accès sont en principe ouverts au public.

Le contexte factuel

[3] En septembre 2004, Kassim Mohamed a intenté une poursuite contre le procureur général du Canada en vue d'obtenir des dommages-intérêts et d'autres mesures de réparation, alléguant que la Gendarmerie royale du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité ont tous deux communiqué ses renseignements personnels à des agences de sécurité étrangères et qu'à cause de cela, les autorités égyptiennes l'ont gardé en détention durant deux semaines. Son action est en instance devant la Cour fédérale, sous le numéro de dossier T-1666-04 (l'action civile).

[4] Lors des interrogatoires préalables menés dans le cadre de l'action civile, le procureur général du Canada a été avisé que des « renseignements potentiellement préjudiciables » [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] ou des « renseignements sensibles » [édicte, *idem*], au sens de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (les renseignements secrets), étaient sur le point d'être divulgués. De façon générale, sont secrets les renseignements qui ont trait aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité nationales.

[5] Le 5 janvier 2006, après avoir reçu cet avis, le procureur général du Canada a demandé, en vertu des articles 38 et suivants de la Loi [les articles 38.01 à 38.16] (lesquels sont parfois appelés, collectivement, l'« article 38 ») à la Cour fédérale de décider s'il convenait ou non de divulguer les renseignements secrets : *Canada (Procureur général) c. Mohamed*, numéro de dossier DES-1-06 (l'instance désignée).

[6] Le 25 janvier 2006, le procureur général du Canada a autorisé l'avocat de M. Mohamed à révéler le fait qu'il avait présenté cette demande. Dès le mois d'août 2005, les données publiques au dossier de

recorded entries of the civil action disclosed that the parties intended to seek relief under section 38. In effect, the Attorney General's authorization merely confirmed what was publicly available four months earlier.

[7] Without the Attorney General's authorization, which was made under section 38.03 [as enacted *idem*], the disclosure of the fact that an application had been made to the Federal Court would have been prohibited by paragraph 38.02(1)(c) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(5)].

[8] As the result of this authorization, the Toronto Star Newspapers Limited (Toronto Star), which had been monitoring and reporting the civil action, was informed of the designated proceeding.

[9] On February 23, 2006, the Toronto Star advised the Federal Court of its intention to challenge the confidentiality provisions to which section 38 designated proceedings are subject. If the constitutional challenge were made within the designated proceeding, section 38 may have required the argument to be heard in private. Each of the parties and the Court preferred that the issue be adjudicated in open court.

[10] On April 19, 2006, counsel for the three parties agreed that the Toronto Star's constitutional challenge would be adjudicated as a question of law pursuant to paragraph 17(3)(b) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 25] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)].

[11] On April 26, 2006, this proceeding was launched. The consent of the parties to proceed in this fashion removed the Toronto Star's intervention from the secrecy of section 38 proceedings for adjudication in a public forum. The Court is grateful for the ingenuity and the co-operation of counsel in having this constitutional challenge resolved in open court.

[12] The first day of the public hearings took place on September 25, 2006. The second day, on October 18, 2006, focused on remedies.

l'action civile devant la Cour fédérale révélaient que les parties entendaient solliciter une mesure de redressement en vertu de l'article 38. En fin de compte, l'autorisation du procureur général n'a fait que confirmer ce qui était public quatre mois plus tôt.

[7] Sans l'autorisation du procureur général, donnée en vertu de l'article 38.03 [édicte, *idem*], il aurait été contraire à l'alinéa 38.02(1)c) [édicte, *idem*, art. 43, 141(5)] de révéler qu'une demande avait été présentée à la Cour fédérale.

[8] Suite à cette autorisation, Toronto Star Newspapers Limited (le « Toronto Star »), qui suivait l'action civile et en rendait compte, a été informé de la présentation de cette demande.

[9] Le 23 février 2006, le Toronto Star a avisé la Cour fédérale qu'il entendait contester les règles de confidentialité prévues dans l'article 38. Si la contestation de nature constitutionnelle avait été effectuée dans le cadre de l'instruction de la demande, il aurait peut-être été obligatoire, en vertu de l'article 38, que les débats se déroulent à huis clos. Toutes les parties et la Cour ont préféré que la question soit tranchée en audience publique.

[10] Le 19 avril 2006, les avocats des trois parties ont convenu que la contestation constitutionnelle par le Toronto Star, soit traitée comme une question de droit conformément à l'alinéa 17(3)b) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 25] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)].

[11] La présente instance a été introduite le 26 avril 2006. Vu le consentement des parties quant à cette démarche, l'intervention du Toronto Star a été soustraite au secret imposé par l'article 38, et a fait l'objet d'une audience publique. La chose a été rendue possible grâce à l'habileté et l'esprit de collaboration des parties, et la Cour leur en sait gré.

[12] Les audiences publiques ont commencé le 25 septembre 2006. Le deuxième jour, le 18 octobre 2006, les débats ont porté sur les mesures réparatrices.

The Impugned Provisions of Section 38

[13] The plaintiffs, the Toronto Star and Mr. Mohamed, challenge the constitutionality of three provisions of the *Canada Evidence Act* (the impugned provisions).

[14] First, the plaintiffs challenge subsection 38.11(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43], which requires that section 38 application hearings be heard in private: “A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private” (“*Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) . . . sont tenues à huis clos*”).

[15] Second, the plaintiffs also impugn the constitutionality of two related provisions.

[16] Subsection 38.04(4) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] requires that confidentiality be maintained in respect of all applications made pursuant to section 38: “An application under this section is confidential” (“*Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle*”).

[17] Similarly, subsection 38.12(2) [as enacted *idem*, s. 43] requires that confidentiality be maintained in respect of all court records related to a section 38 proceeding: “The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential” (“*Le dossier ayant trait à l’audience, à l’appel ou à l’examen est confidentiel*”).

[18] The combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to deny the Toronto Star access to the section 38 application and all Court records associated with the designated proceeding.

[19] This proceeding has focused on the application and the hearing in the Federal Court. One would expect that the outcome of the constitutional challenge here would be the same for “appeals” in the Federal Court of Appeal and the Supreme Court of Canada, under sections 38.09 [as enacted *idem*] and 38.1 [as enacted *idem*] respectively, and for “reviews” under section

Les dispositions contestées de l’article 38

[13] Les demandeurs—le Toronto Star et M. Mohamed—contestent la constitutionnalité de trois dispositions de la *Loi sur la preuve au Canada* (les dispositions contestées).

[14] En premier lieu, les demandeurs contestent le paragraphe 38.11(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], qui exige que les audiences relatives à la demande présentée en vertu de l’article 38 aient lieu à huis clos : « Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) [. . .] sont tenues à huis clos » (« *A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private* »).

[15] En deuxième lieu, les demandeurs contestent également la constitutionnalité de deux dispositions connexes.

[16] Le paragraphe 38.04(4) [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)] impose la confidentialité à toutes les demandes présentées en vertu de l’article 38 : « Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle » (« *An application under this section is confidential* »).

[17] Dans le même ordre d’idées, le paragraphe 38.12(2) [édicte, *idem*, art. 43] impose la confidentialité à tous les dossiers qui se rapportent à l’instance se déroulant sous l’empire de l’article 38 : « Le dossier ayant trait à l’audience, à l’appel ou à l’examen est confidentiel » (« *The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential* »).

[18] Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d’empêcher le Toronto Star d’avoir accès à la demande présentée en vertu de l’article 38 de même qu’à tous les dossiers pertinents.

[19] La présente instance a surtout porté sur la demande présentée et sur l’audience tenue devant la Cour fédérale. On aurait pu s’attendre à ce que l’issue de la contestation constitutionnelle élevée en l’espèce soit la même que pour les « appels » interjetés devant la Cour d’appel fédérale et la Cour suprême du Canada, en vertu des articles 38.09 [édicte, *idem*] et 38.1 [édicte,

38.131 [as enacted *idem*; 2004, c. 12, s. 19(E)]. However, the parties' agreed statement of facts, their memoranda of law and their oral submissions focused only on applications and hearings in the Federal Court. In the absence of an evidentiary record for proceedings in the appellate courts, this decision will be limited to the Federal Court.

[20] The impugned provisions as well as other relevant provisions of section 38 of the *Canada Evidence Act* are set out in full in Schedule A of these reasons. The plaintiffs are of the view that other provisions of section 38 may be unconstitutional. However, this proceeding is limited to the three impugned provisions.

[21] In an earlier decision, I noted the difficulties presented by the scope of paragraph 38.02(1)(c), which prohibits disclosing the existence of a section 38 application: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 122 C.R.R. (2d) 359 (F.C.), at paragraphs 35-40 [hereinafter *Ottawa Citizen Group* No. 1]. I acknowledged the possibility of an exceptional case where the disclosure of the existence of a section 38 application may cause injury to legitimate government interests or perhaps even sensitive private interests. However, I added that the absence of judicial discretion in paragraph 38.02(1)(c) was, in my view, problematic. In reiterating my concern, I refer to paragraphs 38 and 40 of the decision:

There may be an exceptional case where the secrecy envisaged in section 38.02 may be warranted. In the more usual situation, however, where secret information is in issue, the necessity of a section 38 proceeding is made known publicly before the person presiding over the tribunal or court hearing. The Federal Court is required by section 38 to keep secret a fact which has been referred to publicly in the court or tribunal from which the proceeding emanates. It is unlikely that Parliament could have intended that the drafting of section 38 would result in such a consequence.

idem] respectivement, ainsi que pour les « examens » effectués en vertu de l'article 38.131 [édicte, *idem*; 2004, ch. 12, art. 19(A)]. Cependant, l'exposé conjoint des faits des parties, leurs mémoires juridiques et leurs observations verbales n'ont porté que sur les demandes présentées à la Cour fédérale et les audiences tenues devant celle-ci. En l'absence de dossier de preuve concernant les instances se déroulant devant les tribunaux d'appel, la présente décision ne concerne que la Cour fédérale.

[20] Les dispositions contestées, de même que d'autres dispositions connexes de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sont intégralement reproduites à l'annexe A des présents motifs. Les demandeurs sont d'avis qu'il est possible que d'autres dispositions de cet article soient inconstitutionnelles. Toutefois, la présente instance ne vise que les trois dispositions contestées.

[21] Dans une décision antérieure, j'ai signalé les difficultés que présente la portée de l'alinéa 38.02(1)c), qui interdit de révéler le fait qu'une demande a été présentée en vertu de l'article 38 : *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052 [ci-après *Ottawa Citizen Group* n° 1], aux paragraphes 35 à 40. J'ai convenu qu'il pouvait y avoir des cas exceptionnels où le fait de révéler la présentation d'une demande en vertu de l'article 38 pouvait causer préjudice à des intérêts gouvernementaux légitimes, voire à des intérêts privés sensibles. J'ai toutefois ajouté que, selon moi, l'absence de pouvoir judiciaire discrétionnaire à l'alinéa 38.02(1)c), posait problème. Mes réserves ne se sont pas dissipées, et je renvoie aux paragraphes 38 et 40 de cette décision :

Il peut arriver exceptionnellement que l'opacité envisagée dans l'article 38.02 soit sans doute justifiée. Plus généralement cependant, lorsque des renseignements secrets sont en cause, la nécessité d'une procédure de l'article 38 est révélée publiquement devant la personne qui préside l'audience du tribunal administratif ou judiciaire. La Cour fédérale est tenue par l'article 38 de garder secret un fait qui a été évoqué publiquement devant le tribunal administratif ou judiciaire à l'origine de la procédure. On peut se demander si le législateur a pu réellement vouloir que le texte de l'article 38 produise une telle conséquence.

It is unusual that a party to the litigation should be the sole arbiter to authorize the disclosure of information which is or should be public. A court should be seen as having reasonable control over its proceedings in the situation I have just described.

[22] The decision in this proceeding is premised on the fact that the existence of the designated proceeding has been made public. Until the constitutionality of the paragraph 38.02(1)(c) has been challenged and determined, these reasons are intended to apply only to those situations where knowledge of the existence of the section 38 proceeding has been disclosed to the public.

The Issues

[23] As set out in the parties' agreed statement of facts, this proceeding raises the following constitutional questions (at paragraph 22):

1. Does s. 38.04(4) of the *Canada Evidence Act* constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*")? If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
2. Does the portion of s. 38.11(1) of the *Canada Evidence Act* which states that "a hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private" constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
3. Does the first sentence of s. 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* constitute an infringement of the Toronto Star's rights as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*? If so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

[24] The Attorney General of Canada agrees with the plaintiffs that the impugned provisions violate the open court principle, a core democratic value inextricably linked to the fundamental freedoms of expression and of the media protected under paragraph 2(b) of the

Il est inhabituel qu'une partie au litige puisse être le seul arbitre pour ce qui est d'autoriser la divulgation de renseignements qui sont ou qui devraient être publics. Une cour de justice devrait être considérée comme détentrice d'un pouvoir suffisant sur sa procédure dans la situation que je viens de décrire.

[22] Quant à la décision rendue en l'espèce, il ne faut pas perdre de vue que l'existence de l'instance désignée a été rendu publique. À ce jour, nulle contestation de la constitutionnalité de l'alinéa 38.02(1)c) n'a été déposée et la question n'est donc toujours pas tranchée; par conséquent, les présents motifs ne visent que les cas où la connaissance de l'existence de la demande faite en vertu de l'article 38 a été rendue publique.

Questions en litige

[23] Comme l'indique l'exposé conjoint des faits des parties, cette instance soulève les questions constitutionnelles suivantes (paragraphe 22) :

[TRADUCTION]

1. Le paragraphe 38.04(4) de la *Loi sur la preuve au Canada* porte-t-il atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*)? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
2. Le passage du paragraphe 38.11(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* où il est dit que « [l]es audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos » porte-t-elle atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?
3. La première phrase du paragraphe 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* porte-t-elle atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*?

[24] Le procureur général du Canada convient avec les demandeurs que les dispositions contestées sont contraires au principe de la publicité des débats judiciaires, une valeur démocratique de base liée aux libertés fondamentales d'expression et de la presse que

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]].

protège l'alinéa 2b) 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]].

[25] Accordingly, the issues to be decided in this proceeding include:

[25] Les questions en litige en l'espèce sont donc les suivantes :

- Are the impugned provisions saved under section 1 of the Charter?

- Les dispositions contestées sont-elles sauvegardées par l'article premier de la Charte?

- If not, what is the appropriate constitutional remedy?

- Dans la négative, quelle est la mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel?

[26] Put differently and in general terms, what is the justification for requiring closed hearings and maintaining the confidentiality of court documents where no secret information is disclosed? A review of the Federal Court's experience with section 38 may be useful.

[26] En d'autres termes, et de façon générale, que justifie la tenue d'audiences à huis clos et la préservation de la confidentialité de documents judiciaires lorsqu'aucun renseignement secret n'est divulgué? Il serait peut-être utile de passer en revue le parcours de l'article 38 devant la Cour fédérale.

[27] An earlier version of section 38, which had been part of the *Canada Evidence Act* since 1982 [R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1-36.3 (enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III)], also required that applications be heard in private. It is not apparent that this requirement was always respected where all parties were present and no secret information was being discussed: *Mulroney v. Canada (Attorney General)* (1997), 125 F.T.R. 31 (F.C.T.D.), at paragraph 12; *Moumdjian v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, (1995) 95 F.T.R. 35 (F.C.T.D.), at paragraph 5.

[27] L'ancêtre de l'actuel article 38, qui, depuis 1982, faisait partie de la *Loi sur la preuve au Canada* [S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.1 à 36.3 (édicte par S.C. 1980-81-82, 83, ch. 111, art. 4, ann. III)], exigeait également que les demandes soient entendues à huis clos. Il n'est pas certain que cette exigence ait toujours été respectée lorsque toutes les parties étaient présentes et que les débats ne portaient sur aucun renseignement secret : *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, [1997] A.C.F. n° 1 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 12; *Moumdjian c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1995] A.C.F. n° 619 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 5.

[28] Section 38 was substantially amended in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41. Schedule B to these reasons lists the section 38 proceedings which have been publicly disclosed under the new provisions. Each has been case managed.

[28] L'article 38 a été considérablement modifié par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41. L'annexe B des présents motifs énumère les causes où les demandes présentées en vertu de l'article 38 ont fait l'objet d'une divulgation publique en vertu des nouvelles dispositions; chacune a été gérée en tant qu'instance à gestion spéciale.

Proceedings Under Section 38 Since the 2001 Amendments

[29] A section 38 application is to be heard by the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice. This provision has existed since 1982 [s. 36.2].

[30] All hearings in a section 38 proceeding are closed to the public: subsection 38.11(1). Case management conferences are also conducted in private.

[31] The exclusion of the public from all sessions of a section 38 proceeding is consistent with the secrecy envisaged by paragraph 38.02(1)(c), which prohibits the disclosure of “the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04” (“*le fait qu’une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l’article 38.04*”).

[32] There are always two types of hearings in a section 38 proceeding: sessions at which all of the parties are present but which are nonetheless closed to the public (private sessions) and sessions which take place in the absence of one or more of the parties (*ex parte* sessions).

[33] There is no secret information disclosed during the private sessions. The records available at the private sessions include the notice of application, the affidavits and the memoranda of law exchanged between the parties. None of these documents contains secret information. However, the combined effect of subsections 38.04(4) and 38.12(2) is to prevent the public from accessing and publicizing the contents of these documents.

[34] *Ex parte* representations are available as of right to the Attorney General of Canada and with leave of the presiding judge to every other party: subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43]. The constitutionality of the requirement that these *ex parte* sessions are closed to the public has not been challenged in this proceeding.

Instances introduites en vertu de l’article 38 depuis les modifications de 2001

[29] La demande présentée en vertu de l’article 38 doit être entendue par le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de cette dernière que le juge en chef désigne. Cette disposition existe depuis 1982 [art. 36.2].

[30] Toutes les audiences tenues dans le cadre de l’article 38 sont interdites au public : paragraphe 38.11(1). Les conférences de gestion d’instance ont également lieu à huis clos.

[31] Le fait d’exclure le public de toutes les audiences tenues dans le cadre de l’article 38 est conforme au secret visé par l’alinéa 38.02(1)c), lequel interdit de divulguer « le fait qu’une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l’article 38.04 » (« *the fact that an application is made to the Federal Court under subsection 38.04* »).

[32] En ce qui concerne l’article 38, il y a toujours deux types d’audiences : celles auxquelles toutes les parties sont présentes mais qui sont néanmoins interdites au public (les séances à huis clos), et celles qui ont lieu en l’absence d’une ou de plusieurs des parties (les audiences *ex parte*).

[33] Dans le cas des audiences à huis clos, aucun renseignement secret n’est divulgué. Les dossiers alors accessibles comprennent l’avis de demande, les affidavits et les exposés du droit que s’échangent les parties. Aucun de ces documents ne contient des renseignements secrets. Cependant, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) ont pour effet conjugué d’empêcher le public d’avoir accès au contenu de ces documents et de les rendre publics.

[34] Les observations *ex parte* sont accessibles de plein droit au procureur général du Canada et, avec l’autorisation du juge président l’audience, à toute autre partie : paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43]. La constitutionnalité de l’obligation d’interdire au public ces audiences *ex parte* n’est pas contestée en l’espèce.

[35] In every section 38 application, the Attorney General of Canada will make representations to the Court to confirm the prohibition of disclosure of the secret information in issue. Usually, the Attorney General of Canada will be the only party before the Court when these representations are made. However, if another party to the proceeding has possession of the same secret information in issue, it is possible for that party to be present when the *ex parte* submissions are made by the Attorney General of Canada.

[36] The procedures followed in a typical section 38 proceeding are set out in some detail in the parties' agreed statement of facts, the relevant portions of which should be readily available on the public record:

5. The [Attorney General (A.G.)] advises that the procedure that is used in s. 38.04 *Canada Evidence Act* applications follows a number of customary steps, as follows.
6. First, following the issuance of a notice of application pursuant to s. 38.04, the A.G. files a motion for directions pursuant to paragraph 38.04(5)(a) of the *Canada Evidence Act*. In his motion material, the A.G. identifies all parties or witnesses whose interests he believes may be affected by the prohibition of disclosure of information, and may suggest which persons should be formally named as responding parties to the application. The A.G. requests that this portion of the motion for directions be adjudicated in writing.
7. After reading the A.G.'s motion material, the Federal Court will, pursuant to s. 38.04(5)(c) of the *Canada Evidence Act*, designate the responding parties to the application and order the A.G. to provide notice of the application to these persons by effecting service of the notice of application and motion for directions upon them.
8. The Federal Court will then convene a case conference with the parties to the application (i.e., the A.G. and the responding parties) to discuss the remaining issues raised by the A.G.'s motion for directions, including (1) whether it is necessary to hold a hearing with respect to the matter; (2) whether any other persons should be

[35] Dans toute demande présentée en vertu de l'article 38, le procureur général du Canada présente des observations à la Cour afin de confirmer l'interdiction de divulguer les renseignements secrets en litige. Habituellement, il est la seule partie présente devant la Cour quand ces observations sont présentées. Cependant, lorsqu'une autre partie à l'instance a en sa possession les mêmes renseignements secrets que ceux qui sont en litige, il lui est possible d'être présente lorsque les observations *ex parte* sont présentées par le procureur général du Canada.

[36] Le déroulement de l'instance classique relevant de l'article 38 est exposé de façon assez détaillée dans l'exposé conjoint des faits des parties, dont les passages pertinents devraient être facilement accessibles à partir du dossier public :

[TRADUCTION]

5. Le [procureur général (p.g.)] fait valoir que l'instance relative à la demande présentée en vertu de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* comporte un certain nombre d'étapes habituelles, comme suit.
6. Premièrement, à la suite de la réception d'un avis de demande aux termes de l'article 38.04, le p.g. présente une requête en directives en vertu de l'alinéa 38.04(5)a) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans les documents relatifs à sa requête, le p.g. indique toutes les parties ou tous les témoins dont il croit que les intérêts peuvent être touchés par l'interdiction de divulguer des renseignements, et il peut proposer quelles personnes doivent être officiellement désignées comme parties défenderesses. Le p.g. demande que ce volet de la requête en directives soit tranché par écrit.
7. Après avoir lu les documents relatifs à la requête du p.g., la Cour fédérale, en vertu de l'alinéa 38.04(5)c) de la *Loi sur la preuve au Canada*, désigne les parties défenderesses et ordonne au p.g. d'aviser ces dernières de la demande en leur signifiant l'avis de demande et la requête en directives.
8. La Cour fédérale convoque ensuite une conférence sur la gestion de l'instance avec les parties à la demande (c'est-à-dire, le p.g. et les parties défenderesses) en vue d'évoquer les autres questions soulevées par la requête en directives du p.g., notamment : 1) s'il est nécessaire de tenir une audience au sujet de l'affaire; 2) s'il faut

provided with notice of the hearing of the matter; and (3) whether the application should be specially managed with a formal schedule for the remaining procedural steps. These case conferences are confidential and are held in camera. The public is denied access to these case conferences and, generally speaking, only the parties to the application, their counsel, the presiding judge and designated Court staff are present.

9. Following adjudication of the motion for directions, a formal schedule is established to prepare the s. 38.04 *Canada Evidence Act* application for hearing. Like ordinary applications before the Federal Court, these schedules contemplate an exchange of affidavit evidence, cross-examinations on affidavits, the preparation of application records (including memoranda of fact and law) and an oral hearing before a designated applications judge. Unlike ordinary applications before the Federal Court, these schedules contemplate that portions of the affidavit evidence, application records and the oral hearings before a designated applications judge will be “*ex parte*” (i.e., only seen and heard by the A.G. and the Court), while others will be “private” (i.e., seen and heard by the parties and the Court, but not available to the public). Indeed, a typical s. 38.04 *Canada Evidence Act* application will have the following steps:

- (a) the A.G.’s “private” affidavits are served on the responding party and filed with the Court;
- (b) the responding party’s “private” affidavits are served on the A.G. and filed with the Court;
- (c) the A.G.’s “*ex parte*” affidavits are filed with the Court;
- (d) cross-examinations on the parties’ “private” affidavits take place out of court;
- (e) the A.G.’s “private” application record is served on the responding party and filed with the Court;
- (f) the A.G.’s “*ex parte*” application record is filed with the Court;
- (g) the responding party’s “private” application record is filed with the Court; and
- (h) a hearing is convened at which there are both “private” sessions (at which all the parties are present

aviser d’autres personnes de l’audition de l’affaire; 3) s’il faut gérer la demande de façon spéciale au moyen d’un calendrier officiel concernant les étapes procédurales ultérieures. Ces conférences de gestion de cas sont confidentielles et se déroulent à huis clos. Le public n’y a pas accès et, en général, seuls sont présents les parties à la demande, leurs avocats, le juge président l’audience et les membres du personnel désigné de la Cour.

9. Lorsqu’il a été statué sur la requête en directives, le calendrier officiel est établi en vue de préparer la demande d’audition visée par l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme dans le cas des demandes ordinaires qui sont soumises à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient l’échange d’affidavits, les contre-interrogatoires sur les affidavits, la préparation de dossiers de demande (comprenant des exposés des faits et du droit) ainsi qu’une audience devant le juge désigné. Contrairement aux demandes ordinaires qui sont présentées à la Cour fédérale, ces calendriers prévoient que certaines parties des affidavits, des dossiers de demande et des audiences tenues devant le juge désigné sont examinées « *ex parte* » (c’est-à-dire, vues ou entendues seulement par le p.g. et la Cour), tandis que d’autres sont « sous scellé » ou « à huis clos » (c’est-à-dire, vues ou entendues par les parties et la Cour, mais interdites au public). En effet, la demande classique présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* comporte les étapes suivantes :

- a) les affidavits « sous scellé » du p.g. sont signifiés à la partie défenderesse et déposés auprès de la Cour;
- b) les affidavits « sous scellé » de la partie défenderesse sont signifiés au p.g. et déposés auprès de la Cour;
- c) les affidavits « *ex parte* » du p.g. sont déposés à la Cour;
- d) les contre-interrogatoires concernant les affidavits « sous scellé » des parties ont lieu hors cour;
- e) le dossier de demande « sous scellé » du p.g. est signifié à la partie défenderesse et déposé auprès de la Cour;
- f) le dossier de demande « *ex parte* » du p.g. est déposé à la Cour;
- g) le dossier de demande « sous scellé » de la partie défenderesse est déposé à la Cour;
- h) l’audience a lieu; celle-ci comporte à la fois des séances « à huis clos » (où toutes les parties sont

- but the public is excluded) and “*ex parte*” sessions (at which only the A.G. is present).
10. “Private” affidavits are affidavits prepared by a party to the application that are filed and served on the other parties and to which reference can be made at the portions of the hearings at which all parties are present (i.e., the “private” Court sessions). Such affidavits are, however, confidential by virtue of s. 38.12(2) and cannot be disclosed to the general public.
11. The A.G.’s position is that the “private” affidavits produced by him for the purposes of a s. 38.04 *Canada Evidence Act* application attempt to set out, in general terms, the factual and principled justification for protecting the information in issue from public disclosure, that is to say why the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. The A.G. advises that these “private” affidavits do not detail the information in issue (i.e., the information covered by the Notice), nor do they contain other specific facts that would themselves constitute “sensitive information” or “potentially injurious information”. The A.G.’s stated purpose for filing and serving such “private” affidavits is to provide the responding parties seeking disclosure of the information in issue with as much factual material as possible so that they may understand why the A.G. is attempting to protect the information without compromising the information in issue or other sensitive/potentially injurious information regarding the need to protect the information in issue from disclosure.
12. “*Ex parte*” affidavits are affidavits that are filed by the A.G. and which are not served on the responding party. They are read only by the presiding judge and are only referred to at the *ex parte* portions of the hearings where the A.G. is present and the responding party is excluded (i.e., the “*ex parte*” Court sessions) pursuant to s. 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.
13. The A.G.’s position is that the “*ex parte*” affidavits produced for the purposes of a s. 38.04 *Canada Evidence Act* application attempt to set out, in specific terms, the factual justification for protecting the information in issue from public disclosure, that is to say why the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. These affidavits also contain the information in
- présentes, mais le public est exclu) et des audiences « *ex parte* » (où seul le p.g. est présent).
10. Les affidavits « sous scellé » sont ceux, établis par une partie à la demande, qui sont déposés et signifiés aux autres parties et auxquels il est possible de faire référence pendant les phases des audiences où toutes les parties sont présentes (c’est-à-dire, les séances « à huis clos » de la Cour). Cependant, en vertu du paragraphe 38.12(2), ces affidavits sont confidentiels et ne peuvent être divulgués au public.
11. La position du p.g. est que les affidavits « sous scellé » qu’il produit aux fins de la demande présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à énoncer, en termes généraux et de manière raisonnée, les motifs pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en question de toute divulgation au public, c’est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Selon le p.g., ces affidavits « sous scellé » n’exposent pas en détail les renseignements en cause (c’est-à-dire, ceux qui sont visés par l’avis), pas plus qu’ils ne contiennent d’autres faits précis qui constitueraient eux-mêmes des « renseignements sensibles » ou des « renseignements potentiellement préjudiciables ». Le but déclaré pour lequel le p.g. dépose et signifie ces affidavits « sous scellé » est de fournir aux parties défenderesses qui demandent la divulgation des renseignements en cause le maximum d’informations factuelles afin qu’elles puissent comprendre pourquoi le p.g. tente de protéger les renseignements sans compromettre ces derniers ou d’autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables concernant la nécessité de protéger les renseignements en cause de toute divulgation.
12. Les affidavits « *ex parte* » sont ceux que dépose le p.g. et qui ne sont pas signifiés à la partie défenderesse. Seul le juge qui préside l’instance les lit, et il n’y est fait référence qu’aux portions *ex parte* des audiences où le p.g. est présent et la partie défenderesse exclue (c’est-à-dire, les sessions « *ex parte* » de la Cour), conformément au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.
13. La position du p.g. est que les affidavits « *ex parte* » qui sont produits aux fins de la demande présentée en vertu de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à énoncer, en termes précis, les motifs de fait pour lesquels il est nécessaire de protéger les renseignements en litige de toute divulgation au public, c’est-à-dire pourquoi cette divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité

issue that is covered by the Notice.

14. "Private" application records are filed and served on the other parties and reference can be made to these records at the "private" Court sessions. "Ex parte" application records filed by the A.G. are not served on the other parties, are read only by the presiding judge and are only referred to at the "ex parte" Court sessions pursuant to s. 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*.
15. At the "private" Court sessions at which all parties to the application are present, argument is tendered with respect to, *inter alia*, (1) the potential relevance of the information in issue (if the relevance is not conceded by the A.G.), (2) whether disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security and (3) whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. On the question of injury, such argument is presented in generalities by the A.G. because he does not wish to risk disclosure of the information in issue or risk compromising other sensitive/potentially injurious information.
16. At the "ex parte" Court sessions at which only the A.G. is present, the A.G. provides argument by reference to the "ex parte" affidavits with respect to whether disclosure of the information in issue would be injurious to international relations, national defence or national security. Counsel for the A.G. will be accompanied by the affiants who have sworn such affidavits so that they may be questioned by the presiding designated judge.

[37] The agreed statement of facts does not deal with the right of the non-government party to seek leave to make *ex parte* representations. In the Court's experience to date, when *ex parte* representations are made by a party other than the Attorney General of Canada, only that party is present before the presiding judge. This may occur where the underlying proceeding is a criminal prosecution. Specifically, the accused may wish to make representations to the section 38 judge concerning the importance of disclosing the secret information to assist in defending the criminal charge. In such circumstances, the accused will prefer to make these submissions without disclosing to any other party the substance or detail of the defence in the criminal proceeding.

nationales. Ces affidavits contiennent aussi les renseignements en cause qui sont visés par l'avis.

14. Les dossiers de demande « sous scellé » sont déposés et signifiés aux autres parties, et il est possible d'y faire référence au cours des séances « à huis clos » de la Cour. Les dossiers des demandes « *ex parte* » que dépose le p.g. ne sont pas signifiés aux autres parties, ne sont lus que par le juge qui préside l'instance et il n'y est fait référence que lors des audiences « *ex parte* » de la Cour, conformément au paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.
15. Lors des audiences « à huis clos » de la Cour où sont présentes toutes les parties à la demande, celles-ci font valoir leurs arguments au sujet, notamment, des questions suivantes : 1) la pertinence éventuelle des renseignements en cause (si le p.g. la conteste), 2) si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, et 3) si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Pour ce qui est du préjudice, le p.g. fait valoir ses arguments en termes généraux parce qu'il ne souhaite pas courir le risque de divulguer les renseignements en cause ou de compromettre d'autres renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.
16. Lors des audiences « *ex parte* » où lui seul est présent, le p.g. fait valoir ses arguments en faisant référence aux affidavits « *ex parte* » concernant la question de savoir si la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. L'avocat du p.g. est accompagné des auteurs des affidavits afin que l'actuel juge président désigné puisse les interroger.

[37] L'exposé conjoint des faits ne porte pas sur le droit du particulier de demander l'autorisation de présenter des observations *ex parte*. Selon la pratique suivie devant la Cour jusqu'à l'heure actuelle, lorsqu'une partie autre que le procureur général du Canada présente de telles observations, seule cette partie est présente devant le juge qui préside l'instance. Cela peut être le cas lorsque l'instance principale est une poursuite pénale. Plus précisément, l'accusé peut vouloir présenter au juge chargé d'entendre la demande présentée en vertu de l'article 38 des observations sur l'importance de divulguer les renseignements secrets qui l'aideront à assurer sa défense. Dans de telles circonstances, l'accusé préfère faire ces observations sans

[38] In addition, concerning paragraphs 6 and 7 of the agreed statement of facts, the order designating the respondents to the section 38 proceeding will often issue only after the motion for directions has been served on the potentially interested parties, usually at the Court's request. This will occur particularly where these parties are aware that the Attorney General of Canada is in the process of filing the section 38 application. Paragraph 38.04(5)(a) [as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)] requires the presiding judge to hear the representations of the Attorney General of Canada. There is no stipulation, however, that the identification of the interested parties must be done on an *ex parte* basis.

Analysis

A. The Constitutionality of the Impugned Provisions

[39] As often repeated now by the Supreme Court of Canada, the open court principle is a cornerstone of our democracy enshrined in paragraph 2(b) of the Charter: *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, [2005] 2 S.C.R. 188, at paragraph 1; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraph 23; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 53; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paragraph 23; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pages 1339-1340; and *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at page 187.

[40] All parties agree that the impugned provisions of section 38 infringe paragraph 2(b) of the Charter. However, the defendant (sometimes referred to in these reasons as the Attorney General of Canada) argues that these infringements constitute reasonable limits on the open court principle and are demonstrably justifiable in a free and democratic society.

divulguer à une autre partie le fond ou les détails de sa défense dans l'instance pénale.

[38] En outre, en ce qui concerne les paragraphes 6 et 7 de l'exposé conjoint des faits, l'ordonnance désignant les défenderesses parties à la demande présentée en vertu de l'article 38 n'est souvent rendue qu'après que la requête en directives a été signifiée aux éventuelles parties intéressées, habituellement à la demande de la Cour. Cela se produit surtout lorsque ces parties savent que le procureur général du Canada est sur le point de déposer une demande en vertu de l'article 38. Selon l'alinéa 38.04(5)a) [édicte, *idem*, art. 43, 141(7)], le juge qui préside l'instance doit entendre les observations du procureur général du Canada. Toutefois, ce texte n'impose pas que l'identification des parties intéressées soit faite *ex parte*.

Analyse

A. Constitutionnalité des dispositions contestées

[39] Comme le rappelle souvent la Cour suprême du Canada, le principe de la publicité des débats judiciaires est la pierre angulaire de notre démocratie et il est protégé par l'alinéa 2b) de la Charte : *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188, au paragraphe 1; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332, au paragraphe 23; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 53; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au paragraphe 23; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pages 1339 et 1340; et *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 187.

[40] Toutes les parties conviennent que les dispositions contestées de l'article 38 portent atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte. Cependant, la défenderesse (parfois appelée en l'espèce « le procureur général du Canada ») soutient que ces atteintes constituent des limites raisonnables au principe de la publicité des débats judiciaires et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[41] The defendant bears the onus of establishing that the impugned provisions are saved by section 1 of the Charter in keeping with the justificatory test established in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In this proceeding, no section 1 affidavit evidence was filed.

[42] The plaintiffs concede that preventing the inadvertent disclosure of the secret information is a sufficiently pressing and substantial legislative objective to satisfy the first branch of the *Oakes* test.

[43] Counsel for the Attorney General of Canada advanced the view that subsection 38.11(1) is saved by other provisions of section 38. More specifically, in his written submissions, counsel argued that subsection 38.04(5) confers upon the Federal Court the discretion to name the Toronto Star as a respondent to the application and the possibility of granting to the Toronto Star the same access to the Court records as it grants to Mr. Mohamed. Moreover, according to this view, the designated judge could order the Attorney General of Canada to notify the Toronto Star and grant to the Toronto Star the opportunity to make representations. With respect, this submission cannot be correct.

[44] Pursuant to paragraph 38.04(5)(a), the judge shall hear the representations of the Attorney General of Canada “concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject” (emphasis added). Any such party or witness would then be designated as a respondent: paragraphs 6 and 7 of the agreed statement of facts.

[45] The same statutory provision also mandates the judge to hear the submissions of the Attorney General of Canada “concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter”.

[46] Under paragraph 38.04(5)(c), the judge then determines who should be given notice of the hearing. This will usually be done on the basis of submissions from the Attorney General of Canada and any other party who has been identified as having an apparent

[41] Il incombe à la défenderesse d'établir que les dispositions contestées sont sauvegardées par l'article premier de la Charte, conformément au critère justificatif établi dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En l'espèce, aucun affidavit relatif à l'article premier n'a été déposé.

[42] Les demandeurs concèdent que prévenir la divulgation par inadvertance de renseignements secrets constitue un objectif législatif suffisamment légitime et important qui répond au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

[43] Le procureur général du Canada fait valoir que le paragraphe 38.11(1) est sauvegardé par d'autres dispositions de l'article 38. Plus précisément, dans ses conclusions écrites, il fait valoir que le paragraphe 38.04(5) confère à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire de désigner le Toronto Star comme partie défenderesse à la demande, et la possibilité d'accorder au Toronto Star le même accès aux dossiers judiciaires qu'à M. Mohamed. En outre, à son avis, le juge désigné peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser le Toronto Star et d'accorder à ce dernier la possibilité de présenter des observations. En toute déférence, je ne peux abonder dans le même sens.

[44] Aux termes de l'alinéa 38.04(5)a), le juge entend les observations du procureur général du Canada « sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie » (non souligné dans l'original). Ces parties ou ces témoins sont alors désignés comme défendeurs : paragraphes 6 et 7 de l'exposé conjoint des faits.

[45] Selon la même disposition légale, le juge doit également entendre les arguments du procureur général du Canada « sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience ».

[46] Aux termes de l'alinéa 38.04(5)c), le juge décide alors qui doit être avisé de la tenue de l'audience. Cela se fait habituellement sur la foi des arguments du procureur général du Canada et de toute autre partie qui a été désignée comme ayant un intérêt légal manifeste.

legal interest. This paragraph also authorizes the judge to order the Attorney General of Canada to notify such persons and determine the content and form of the notice.

[47] In my view, neither of these provisions allows the judge to designate the Toronto Star or any other member of the media as a respondent or a person to be given notice of the hearing.

[48] As early as February 7, 2006, the parties in the designated proceeding and this Court were made aware of the Toronto Star's intention to challenge the constitutionality of those provisions which prohibited the media from accessing the private sessions. No one suggested during the designated proceeding that the Toronto Star could be named as a respondent or provided access to the private sessions through the notification process.

[49] In any event, I do not understand the Toronto Star to be seeking the status of respondent or the right to file affidavits or memoranda of law. The Toronto Star is simply seeking to enforce the open court principle and to obtain access to the private sessions as a member of the media.

[50] The media's concern in keeping the public informed about section 38 proceedings is not encompassed within the "interests" protected under subsection 38.04(5). Where an entity such as the Toronto Star wishes to exercise its "interests", in the legal sense of this term, it may seek to cause the disclosure of the information by initiating an application under paragraph 38.04(2)(c) [as enacted *idem*]: for example, *Ottawa Citizen Group*, No. 1 and [*Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*] 2006 FC 1552.

[51] In addition, the Attorney General of Canada did not suggest a principled basis upon which the Court would be entitled to grant respondent status or access rights to the Toronto Star but not to the media at large. Again, I do not understand the defendant to be

Ce texte autorise également le juge à ordonner au procureur général du Canada de donner avis à ces personnes et de fixer le contenu et les modalités de l'avis en question.

[47] Je suis d'avis que ni l'une ni l'autre de ces dispositions n'autorisent le juge à désigner le Toronto Star ou tout autre membre des médias à titre d'intimé ou de personne à laquelle donner avis de la tenue de l'audience.

[48] Dès le 7 février 2006, les parties à l'instance désignée et la Cour ont été mises au courant de l'intention du Toronto Star de contester la constitutionnalité des dispositions qui empêchaient les médias d'avoir accès aux audiences à huis clos. Nul n'a suggéré durant l'instruction de cette demande que le Toronto Star pouvait être désigné à titre de partie défenderesse ou qu'il pouvait obtenir accès aux séances privées par le truchement du processus de notification.

[49] Quoi qu'il en soit, je suis d'avis que le Toronto Star ne sollicite pas la qualité de défendeur ou le droit de déposer des affidavits ou des exposés du droit. Il cherche simplement à faire respecter le principe de la publicité des débats judiciaires et à obtenir accès aux audiences à huis clos en tant que membre des médias.

[50] Le souci des médias de tenir le public au courant des demandes présentées en vertu de l'article 38 n'est pas visé par les « intérêts » que protège le paragraphe 38.04(5). Lorsqu'une entité telle que le Toronto Star souhaite faire valoir ses « intérêts », dans le sens juridique du terme, elle peut tenter d'obtenir la divulgation des renseignements en présentant une demande en vertu de l'alinéa 38.04(2)c) [édicte, *idem*]: voir, par exemple, les décisions *Ottawa Citizen Group*, n° 1 et [*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*] 2006 CF 1552.

[51] En outre, le pfait valoir au nom de quel principe la Cour pouvait accorder la qualité de partie défenderesse ou des droits d'accès au Toronto Star, mais non aux médias en général. Là encore, je suis d'avis que la défenderesse ne propose pas que tous les membres

proposing that all members of the media be designated as respondents.

[52] The position of the Attorney General of Canada was more nuanced during oral submissions. There, counsel focused less on characterizing the role of the Toronto Star as a respondent. The suggestion was that the Court had the discretion under paragraph 38.04(5)(c) to order that the Toronto Star be given notice of the section 38 hearing and granted access to the proceeding, subject to a publication ban until the disposition of the matter.

[53] The construction of paragraph 38.04(5)(c) advanced by the Attorney General of Canada functions as a minimal impairment argument. In effect, counsel for the Government argues that the impugned provisions trench justifiably on the open court principle. In his view, paragraph 38.04(5)(c) may be interpreted as conferring upon the Court the discretion to allow the Toronto Star to access the private sessions and records subject to a publication ban lasting until a final order, disposing of the application, is rendered pursuant to section 38.06 [as enacted *idem*, s. 43].

[54] The interpretation proffered by the Attorney General of Canada does not give full effect to the open court principle. Public access to judicial proceedings cannot depend on fortuitous circumstances which lead one or more members of the media to seek access under paragraph 38.04(5)(c). Nor can open courts depend on one of the parties to the litigation making submissions to the Court that the media be provided access.

[55] Counsel for the Attorney General of Canada acknowledged that the discretion available to the Court according to his interpretation of paragraph 38.04(5)(c) was not envisaged by Parliament. I agree. When read in their entire context and according to their ordinary sense, keeping in mind the objectives of section 38, the language of subparagraphs 38.04(5)(c)(i), (ii), and (iii),

des médias soient désignés à titre de défendeurs.

[52] Le procureur général du Canada a nuancé davantage sa position lors des débats à l'audience. À cette occasion, l'avocat a moins insisté pour définir le rôle du Toronto Star à titre de défendeur. Il a soutenu que la Cour, avait, en vertu de l'alinéa 38.04(5)c), le pouvoir discrétionnaire d'ordonner que le Toronto Star reçoive avis de l'audience relative à l'article 38 et obtienne accès à l'instance, sous réserve d'une ordonnance de non-publication jusqu'à ce que l'affaire soit tranchée.

[53] L'interprétation donnée par le procureur général du Canada à l'alinéa 38.04(5)c) reprend essentiellement l'argument de l'atteinte minimale. En effet, la défenderesse soutient que si les dispositions contestées violent le principe de la publicité des débats judiciaires, cela est justifié. À son avis, il est possible d'interpréter l'alinéa 38.04(5)c) comme conférant à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'autoriser le Toronto Star à avoir accès aux audiences « à huis clos » et aux dossiers « sous scellé » sous réserve d'une ordonnance de non-publication qui serait en vigueur jusqu'à ce qu'une ordonnance finale, tranchant la demande, soit rendue sous l'empire de l'article 38.06 [édicte, *idem*, art. 43].

[54] L'interprétation que propose le procureur général du Canada ne donne pas plein effet au principe de la publicité des débats judiciaires. L'accès du public aux instances judiciaires ne peut être subordonné à des circonstances fortuites qui amènent un ou plusieurs membres des médias à demander accès en vertu de l'alinéa 38.04(5)c). Les tribunaux ne peuvent pas non plus dépendre du fait que l'une des parties à l'instance présente des observations à la Cour afin que les médias obtiennent l'accès qu'ils veulent.

[55] L'avocat du procureur général du Canada a reconnu que le législateur n'a pas conçu le pouvoir discrétionnaire dont disposerait la Cour selon l'interprétation qu'il fait de l'alinéa 38.04(5)c). J'abonde dans son sens. Lorsqu'on les lit au regard du contexte global et selon leur sens ordinaire, tout en tenant compte des objectifs de l'article 38, les sous-alinéas

cannot be interpreted as a mechanism to apply the open court principle: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

[56] In any event, and I do not decide the issue on this ground, I am not convinced that the interpretation of the Attorney General of Canada is consistent with the prohibition against disclosure of the existence of the file in paragraph 38.02(1)(c).

[57] More importantly, even if this submission of the Attorney General of Canada were accepted, granting access to one media outlet falls well short of justifying the infringement of the open court principle and the presumptive openness of judicial proceedings.

[58] In particular, counsel for the Attorney General of Canada contended that media access to the private sessions would necessarily be coupled with a publication ban. According to counsel, the Court has the authority to allow the *Toronto Star* and other media to attend the private sessions, but cannot authorize the publication of any news reports about the hearing, at least until the matter has been completed.

[59] In *Vancouver Sun (Re)*, which also involved national security considerations, the Supreme Court of Canada rejected a similar argument for granting media access to a hearing subject to a publication ban (at paragraph 49):

. . . we would not endorse the suggestion made by the *Vancouver Sun* that some members of its Editorial Board be allowed to attend the hearings and have access to the materials but be subject to an undertaking of confidentiality. It is difficult again to understand how the public good is better served by the qualified participation of professionals who cannot discharge fully their publicly entrusted mandate.

[60] It bears repeating that there is no secret information disclosed in private sessions and materials. The open court principle requires media access and timely publication. Counsel has not identified a public interest

38.04(5)c)(i), (ii) et (iii) ne peuvent être interprétés comme un moyen d'appliquer le principe de la publicité des débats judiciaires : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

[56] Quoi qu'il en soit—et je ne tranche pas la question pour ce motif—je ne suis pas convaincu que l'interprétation que fait le procureur général du Canada soit compatible avec l'interdiction, à l'alinéa 38.02(1)c), de divulguer l'existence du dossier.

[57] Plus important encore, même si l'on retenait cet argument du procureur général du Canada, le fait de donner accès à un média en particulier est bien loin de justifier l'atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires ou à la présomption de transparence des instances judiciaires.

[58] En particulier, l'avocat du procureur général du Canada a soutenu que l'accès des médias aux séances à huis clos serait forcément assorti d'une ordonnance de non-publication. Selon lui, la Cour a le pouvoir d'autoriser le *Toronto Star* et d'autres médias à assister aux audiences à huis clos, mais pas d'autoriser la publication d'un compte rendu journalistique quelconque sur les audiences, du moins pas avant que l'affaire ait été réglée.

[59] Dans l'arrêt *Vancouver Sun (Re)*, qui portait aussi sur des questions de sécurité nationale, la Cour suprême du Canada a rejeté un argument semblable à l'appui de l'octroi aux médias d'un accès à des audiences sous réserve d'une ordonnance de non-publication (au paragraphe 49) :

[. . .] nous ne souscrivons pas à la proposition du *Vancouver Sun* de permettre à des membres du comité de rédaction d'assister aux audiences et d'avoir accès aux documents sous réserve d'un engagement de confidentialité. Il est difficile, là encore, de comprendre comment le bien public est mieux servi par la participation limitée de professionnels qui ne peuvent pleinement remplir le mandat qui leur est confié par le public.

[60] Il n'est pas inutile de rappeler qu'aucun renseignement secret n'est divulgué au cours des séances à huis clos et dans les documents sous scellé. Le principe de la publicité des débats judiciaires exige l'accès des

to be served by postponing publication of what occurs in private sessions until the disposition of the section 38 hearing. To support his position that publication should be postponed, counsel for the Government relied upon the suggestion in *Vancouver Sun (Re)* (at paragraph 58) that the decision to publicly release sealed information should take place at the end of the judicial investigative hearing in a criminal matter. However, this conclusion was not intended for the circumstances of section 38 proceedings.

[61] In defending the constitutionality of the impugned provisions, the Attorney General of Canada advances an interpretation of the section 38 scheme that would entitle members of the media to be designated as interested parties or provided access to the private sessions subject to a publication ban. In the end, the best one can say about this position is that “necessity is usually the fuel of ingenuity,” to take the phrase used by counsel. In this case, however, the inventive construction put forward to save the impugned provisions does not do sufficient justice to the open court principle.

[62] In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, the Supreme Court of Canada considered the constitutionality of provisions similar to those challenged in this proceeding.

[63] *Ruby* involved a narrow challenge to the constitutionality of mandatory procedural requirements set out in paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21:

51. . . .

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

médias et la publication en temps utile. Le procureur général du Canada n’a pas indiqué qu’il y allait de l’intérêt public de reporter la publication des faits se produisant au cours des audiences tenues à huis clos jusqu’à ce qu’il ait été statué sur la demande présentée en vertu de l’article 38. À l’appui de sa thèse selon laquelle il doit y avoir report de publication, le procureur général du Canada s’est fondé sur une observation de la Cour suprême dans l’arrêt *Vancouver Sun (Re)* (au paragraphe 58) : la décision de rendre publics des renseignements sous scellé doit être prise à l’issue de l’investigation judiciaire concernant une affaire de nature criminelle. Cette conclusion n’était toutefois pas destinée aux circonstances entourant les instances engagées en vertu de l’article 38.

[61] À l’appui de la constitutionnalité des dispositions contestées, le procureur général du Canada propose une interprétation du régime de l’article 38 selon laquelle les médias auraient le droit d’être désignés à titre de parties intéressées ou d’obtenir le droit d’accès aux audiences tenues à huis clos, sous réserve d’une ordonnance de non-publication. En définitive, le mieux que l’on puisse dire au sujet de cette position est que [TRADUCTION] « la nécessité est mère de l’invention », comme l’a dit l’avocat du procureur général du Canada. En l’espèce, toutefois, l’interprétation imaginative qui est proposée afin de sauvegarder les dispositions contestées ne rend pas suffisamment justice au principe de la publicité des débats judiciaires.

[62] Dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, la Cour suprême du Canada a examiné la constitutionnalité de dispositions similaires à celles qui sont contestées en l’espèce.

[63] Dans l’arrêt *Ruby*, il était question d’une contestation—d’une portée limitée—de la validité constitutionnelle d’exigences procédurales impératives énoncées aux paragraphes 51(2) et 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 :

51. [. . .]

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l’objet d’une audition à huis clos; [. . .]

(a) be heard in camera; . . .

(3) During the hearing of an application referred to in subsection (1) . . . , the head of the government institution concerned shall, on the request of the head of the institution, be given the opportunity to make representations ex parte. [Emphasis added.]

[64] Section 51 of the *Privacy Act* establishes the procedure governing the conduct of judicial review application hearings where a government institution refuses an individual's request for access to personal information in order to protect government interests similar to those involved in section 38 proceedings.

[65] Paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) require the reviewing court to hold the application hearing in private and to accept *ex parte* submissions at the request of the government institution refusing disclosure.

[66] As in these proceedings, the question before the Supreme Court of Canada was whether the impugned provisions trespassed unjustifiably on the open court principle.

[67] The Supreme Court affirmed the validity of the statutory requirement that government submissions concerning secret information be received *ex parte* and in private. In view of this decision, the plaintiffs in this case, as noted earlier, did not challenge the constitutionality of the analogous requirement in subsection 38.11(2).

[68] Writing for the unanimous Court, Justice Louise Arbour found that paragraph 51(2)(a) failed the *Oakes* test at the minimal impairment branch. In particular, Justice Arbour concluded that the mandatory requirement to exclude the public from portions of the review hearing when there existed no risk that national security information or foreign confidences could be disclosed was overbroad: "section [51(2)(a)] is overbroad in closing the court to the public even where no concern exists to justify such a departure from the general principle of open courts (*Ruby*, at paragraph 59,

(3) Le responsable de l'institution fédérale concernée a, au cours des auditions en première instance ou en appel et sur demande, le droit de présenter des arguments en l'absence d'une autre partie. [Non souligné dans l'original.]

[64] L'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* fixe la procédure qui régit la tenue des audiences relatives à la demande de contrôle judiciaire lorsqu'une institution fédérale refuse la demande d'accès à des renseignements personnels de façon à protéger des intérêts gouvernementaux similaires à ceux dont il est question dans les demandes présentées en vertu de l'article 38.

[65] Les paragraphes 51(2) et 51(3) obligent le tribunal saisi de la demande de contrôle judiciaire à l'entendre à huis clos et à recevoir des observations « en l'absence d'une autre partie » (*ex parte*) à la demande de l'institution fédérale qui refuse la divulgation.

[66] Comme en l'espèce, la question dont était saisie la Cour suprême du Canada consistait à savoir si les dispositions contestées portaient indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires.

[67] La Cour suprême a confirmé la validité du texte légal selon lequel les observations gouvernementales concernant des renseignements secrets devaient être entendues *ex parte* et à huis clos. Compte tenu de cette décision, les demandeurs en l'espèce, comme je l'ai mentionné plus tôt, n'ont pas contesté la constitutionnalité du paragraphe 38.11(2), qui est semblable.

[68] La juge Louise Arbour, auteur de l'arrêt unanime de la Cour suprême, a conclu que le paragraphe 51(2) ne constituait pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes*. Plus précisément, elle a conclu que l'obligation d'exclure le public des parties de l'audition de la demande de contrôle judiciaire s'il y a un risque de divulguer des renseignements relatifs à la sécurité nationale ou des renseignements confidentiels de source étrangère avait une portée excessive : « le par. 51(2) a une portée excessive en ce qu'il exclut le public de l'audience, même en l'absence de crainte justifiant une

emphasis added).

[69] Justice Arbour's characterization of the overbroad scope of paragraph 51(2)(a) of the *Privacy Act* applies with equal force to the analogous procedural requirement in subsection 38.11(1), which prohibits public access to the private sessions of section 38 proceedings.

[70] In my view, the impugned provisions do more than is minimally required to safeguard the secret information and therefore trench unduly on the open court principle. Accordingly, I conclude that these provisions fail at the minimal impairment branch of the *Oakes* test and cannot be saved under section 1 of the Charter.

[71] On the basis of the same principles enunciated in *Ruby*, I find that subsection 38.11(1) is overbroad in closing the court to the public even where no secret information is at risk to justify a departure from the open court principle.

[72] Similarly, subsections 38.04(4) and 38.12(2) are overbroad in subjecting all court records associated with the private sessions to mandatory confidentiality requirements where no secret information is at risk to justify a departure from the general principle of open courts. My view in this regard is consistent with the acknowledgement by all parties that the outcome concerning the constitutionality of all three impugned provisions should be the same.

B. The Appropriate Constitutional Remedy

[73] During the hearing to canvass the parties' views on remedies, the Attorney General of Canada argued that, in the event this Court concluded the impugned

telle dérogation au principe général de la publicité des débats en justice» (*Ruby*, au paragraphe 59, passage non souligné dans l'original).

[69] Les observations de la juge Arbour quant à la portée excessive du paragraphe 51(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, sont tout autant de mise quant au paragraphe 38.11(1), qui interdit de manière semblable l'accès du public aux audiences tenues à huis clos relativement aux demandes présentées en vertu de l'article 38.

[70] Je suis d'avis que les dispositions contestées vont au-delà du minimum requis pour sauvegarder les renseignements secrets et portent donc indûment atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires. Je conclus donc que ces dispositions ne constituent pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes* et ne peuvent pas être sauvegardées en vertu de l'article premier de la Charte.

[71] En m'appuyant sur les mêmes principes que ceux qui sont exposés dans l'arrêt *Ruby*, je conclus que le paragraphe 38.11(1) est d'une portée excessive lorsqu'il exclut le public des audiences même dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter le principe de la publicité des débats judiciaires.

[72] De même, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) sont d'une portée excessive car ils imposent à tous les documents judiciaires relatifs aux audiences tenues à huis clos des exigences de confidentialité dans les cas où aucun renseignement secret n'est en péril et donc où il n'est pas justifié d'écarter du principe général de la publicité des débats judiciaires. Toutes les parties ont convenu que la question de la constitutionnalité des trois dispositions contestées devait recevoir la même réponse, et mon opinion va dans le même sens.

B. Mesure de redressement indiquée sur le plan constitutionnel

[73] Lors de l'audience destinée à recueillir les observations des parties au sujet des mesures de redressement, le procureur général du Canada a fait

provisions constituted an unjustified infringement of the open court principle, the appropriate remedy would be to strike down these provisions. This submission varied the original suggestion by counsel for the government that reading down was the appropriate remedial solution.

[74] In arguing that the appropriate remedy is to strike down the impugned provisions, the Attorney General of Canada purported to rely on the Supreme Court's decision in *Ruby*.

[75] First, the impugned provisions in *Ruby* were not struck down. Justice Arbour relied on reading down as a constitutional remedy in rendering section 51 of the *Privacy Act* compliant with paragraph 2(b) of the Charter.

[76] It had been the practice of counsel, on consent, to conduct *Privacy Act* hearings in public where no secret information could be disclosed. The Supreme Court disapproved of this practice. For Justice Arbour, it was not open to the parties to bypass Parliament's unambiguous language clearly intended to exclude the public from section 51 hearings.

[77] I understand Justice Arbour to have relied on reading down as the appropriate constitutional remedy to cure the overbroad scope of the mandatory *in camera* hearing required by paragraph 51(2)(a). She accommodated the constitutional imperative that private sessions, where no secret information is disclosed, be open to the public by invoking the reading down mechanism (at paragraphs 58 and 60):

Unless the mandatory requirement is found to be unconstitutional and the section is "read down" as a constitutional remedy, it cannot otherwise be interpreted to

valoir que si la Cour venait à conclure que les dispositions contestées portaient atteinte de manière indue au principe de la publicité des débats judiciaires, la mesure de redressement indiquée serait une déclaration d'inconstitutionnalité. Cette conclusion s'écartait de ce qu'il avait soutenu à l'origine, à savoir qu'une interprétation atténuante constituait la mesure indiquée.

[74] En faisant valoir que la mesure de redressement indiquée consistait à invalider les dispositions contestées, le procureur général du Canada a dit se fonder sur la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Ruby*.

[75] Tout d'abord, il n'y a pas eu d'invalidation des dispositions contestées dans l'arrêt *Ruby*. La juge Arbour s'est fondée sur une interprétation atténuante afin de préserver la constitutionnalité de l'article 51 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* au regard de l'alinéa 2b) de la Charte.

[76] Les avocats avaient pour pratique, lorsqu'ils étaient d'accord, de tenir en public les audiences relatives à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* lorsqu'il n'y avait pas de risque de divulguer des renseignements secrets. La Cour suprême a désapprouvé cette façon de faire. Pour la juge Arbour, il n'était pas loisible aux parties de faire abstraction d'un texte clair : l'intention non équivoque du législateur était d'exclure le public des audiences relatives à l'article 51.

[77] Si j'ai bien compris les observations de la juge Arbour, elle a eu recours à une interprétation atténuante afin de remédier à la portée excessive du paragraphe l'alinéa 51(2), qui imposait des audiences à huis clos, et donc d'en préserver la constitutionnalité. Elle a ainsi tenu compte de l'obligation constitutionnelle selon laquelle, lorsqu'aucun renseignement secret n'est divulgué, les audiences à huis clos doivent être ouvertes au public en recourant à une interprétation atténuante (aux paragraphes 58 et 60 de la décision) :

À moins que la disposition créant l'exigence impérative ne soit jugée inconstitutionnelle et que, à titre de réparation d'ordre constitutionnel, on ne lui donne une interprétation

bypass its mandatory nature.

...

The appropriate remedy is therefore to read down s. 51(2)(a) so that it applies only to the *ex parte* submissions mandated by s. 51(3). A reviewing court retains the discretion, pursuant to s. 46, to conduct the remainder of the hearing or any portion thereof, either in public, or *in camera*, or *in camera* and *ex parte*. [Emphasis added.]

[78] Second, contrary to what was argued by the Attorney General of Canada, the provisions of section 38 provide for the flexibility found in section 46 of the *Privacy Act*.

[79] In particular, subsection 38.12(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] confers a broad discretion upon the presiding judge to make any order to protect the confidentiality of the information to which the hearing relates. In addition, subsection 38.04(4) confers an analogous discretion upon the Chief Administrator of the Courts Administration Service to adopt any appropriate measure to safeguard the confidentiality of section 38 applications.

[80] Subsections 38.04(4) and 38.12(1) reflect Parliament's intent to afford the designated judge the discretion to adopt any confidentiality measures required to safeguard secret information. In the rare, indeed unlikely, event that the circumstances surrounding a section 38 proceeding require that the public be prohibited from accessing even the private sessions and related documents, the judge has the discretionary authority, analogous to that provided for in section 46 of the *Privacy Act*, capable of safeguarding the confidentiality of any information when required.

[81] The government argued that rules 26 [as am. by SOR/2002-417, s. 3], 29 and 151 of the *Federal Courts*

[. . .]

« atténuante », elle ne saurait être interprétée d'une manière permettant de faire abstraction de son caractère impératif.

La réparation convenable consiste donc à donner une interprétation atténuante du par. 51(2), de façon qu'il ne s'applique qu'aux audiences *ex parte* prescrites par le par. 51(3). Le tribunal saisi d'un recours en révision dispose, aux termes de l'art. 46, du pouvoir discrétionnaire de poursuivre tout ou partie du reste de l'audition en audience publique, à huis clos ou encore à huis clos et en l'absence d'une partie. [Non souligné dans l'original.]

[78] Deuxièmement, contrairement à ce qu'a soutenu le procureur général du Canada, les dispositions de l'article 38 sont aussi souples que l'article 46 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[79] En particulier, le paragraphe 38.12(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] confère au juge qui préside l'instance un vaste pouvoir discrétionnaire de rendre n'importe quelle ordonnance destinée à protéger la confidentialité des renseignements auxquels l'audience se rapporte. Par ailleurs, le paragraphe 38.04(4) confère à l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux un pouvoir discrétionnaire analogue d'adopter les mesures qu'il estime indiquées pour assurer la confidentialité des demandes présentées en vertu de l'article 38.

[80] Les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) reflètent l'intention du législateur d'accorder au juge désigné le pouvoir discrétionnaire d'adopter toute mesure de confidentialité qui s'avère nécessaire pour la sauvegarde de renseignements secrets. Dans les cas — rares, voire improbables — où les circonstances entourant la demande présentée au titre de l'article 38 rendrait impérative l'interdiction au public d'avoir accès même aux audiences tenues à huis clos et aux documents connexes, le juge a le pouvoir discrétionnaire, semblable à celui qui est prévu dans l'article 46 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, de prendre les mesures nécessaires au maintien de la confidentialité de tout renseignement.

[81] Le procureur général du Canada a fait valoir que les règles 26 [mod. par DORS/2002-417, art. 3], 29 et

Rules [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] concerning the inspection of court files, *in camera* hearings, and confidentiality orders provide the Court discretionary authority to protect secret information. In my view, this discretionary authority is conferred upon the Court by section 38 and I do not concede that recourse to the *Federal Courts Rules* is necessary. If I am wrong, however, these Rules do afford the Court a further flexibility to adopt any measures to prevent the inappropriate disclosure of secret information.

[82] Put simply, the approach to reading down adopted in *Ruby* is the appropriate manner in which to remedy the constitutional defects in the impugned provisions of section 38.

[83] Concerning the mandatory exclusion of the public from the private sessions, I find that the structure of subsections 38.11(1) and 38.11(2) mirrors that of paragraph 51(2)(a) and subsection 51(3) of the *Privacy Act*. Accordingly, subsection 38.11(1) ought to be read down as a constitutional remedy to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

[84] As in *Ruby*, the effect of this decision will be that private sessions, as defined in these reasons, are presumptively open to the public. To repeat, in the exceptional event where the exclusion of the public may be justified even when all parties are present, subsections 38.04(4) and 38.12(1) provide the Court with the discretionary authority to adopt such measures as are warranted by the circumstances to protect the confidentiality of secret information.

[85] The “rare, indeed unlikely, event” I have referred to in paragraph 80 is to be understood in the context of the premise of this decision, that the existence of the designated proceeding has been made public.

151 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], qui visent l’examen des dossiers de la Cour, les auditions à huis clos et les ordonnances de confidentialité, confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de protéger les renseignements secrets. Je suis d’avis que l’article 38 confère à la Cour ce pouvoir discrétionnaire, et je n’admets pas qu’il faille se rabattre sur les *Règles des Cours fédérales*. Cependant, si je fais erreur, ces dispositions des Règles donnent elles aussi à la Cour la latitude nécessaire pour prendre n’importe quelle mesure permettant d’empêcher la divulgation indue de renseignements secrets.

[82] Pour dire les choses simplement, la méthode de l’interprétation atténuante qui a été adoptée dans l’arrêt *Ruby* est le moyen indiqué de remédier à la déficience des dispositions contestées de l’article 38 sur le plan constitutionnel.

[83] En ce qui concerne l’exclusion impérative du public des séances tenues à huis clos, je conclus que la structure des paragraphes 38.11(1) et 38.11(2) reflète celle des paragraphes 51(2) et 51(3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Sur le plan constitutionnel, la mesure indiquée consiste donc à interpréter de façon atténuante le paragraphe 38.11(1), de façon à ce qu’il ne vise que les observations *ex parte* qui sont mentionnées au paragraphe 38.11(2).

[84] Comme dans l’arrêt *Ruby*, la présente décision signifie que, en principe, les audiences à huis clos, au sens des présents motifs, sont ouvertes au public. Comme je l’ai déjà indiqué, dans les cas exceptionnels où il serait justifié d’exclure le public même quand toutes les parties sont présentes, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(1) confèrent à la Cour le pouvoir discrétionnaire de prendre au besoin les mesures pour protéger la confidentialité de renseignements secrets, si les circonstances le justifient.

[85] Les «cas rares, voire improbables» que j’évoque au paragraphe 80 doivent être interprétés au regard du fondement de la présente décision, c’est-à-dire que l’existence de l’instance désignée a été rendue publique.

[86] The mandatory confidentiality requirements in subsections 38.04(4) and 38.12(2) should also be read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2). As a result of this decision, all court records accessible to the non-government party are presumptively available to the public. Again, subsections 38.04(4) and 38.12(2) provide the discretion, if ever necessary, to maintain confidentiality with respect to any record available to all parties.

[87] The reading down I am adopting will exclude the public from all *ex parte* representations, those made by the Attorney General of Canada as of right and those made by a non-government party with leave of the Court. This conclusion masks an outstanding legal issue not addressed by the parties.

[88] The debate in this case centered on national security considerations, not on the interests which might be asserted by a non-government party during *ex parte* representations. The focus was on sessions where all parties were present and on *ex parte* sessions granted as of right to the Attorney General of Canada. There was no discussion of the constitutionality of closed hearings to receive the *ex parte* representations of a non-government party.

[89] In its written submissions, the Toronto Star acknowledged that it was not seeking access to *ex parte* sessions on the basis of the decision in *Ruby*. However, under subsection 38.11(2), the non-government party may also seek to make *ex parte* representations. This is an additional legal consideration which was not at issue in *Ruby*. This distinction was not referred to in the agreed statement of facts, nor was it the subject of any submissions in this proceeding.

[90] In the absence of both an evidentiary record and submissions of counsel, I have chosen to leave the matter open and to preserve the status quo concerning the mandatory exclusion of the public where the non-

[86] Sur le plan constitutionnel, les exigences impératives en matière de confidentialité des paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) doivent elles aussi faire l'objet d'une interprétation atténuante, et ne viser donc que les observations *ex parte* qui sont mentionnées dans le paragraphe 38.11(2). Par conséquent, tous les documents auxquels a accès le particulier sont en principe accessibles au public. Là encore, les paragraphes 38.04(4) et 38.12(2) donnent au juge le pouvoir discrétionnaire, le cas échéant, de préserver la confidentialité de tout dossier auquel toutes les parties ont accès.

[87] Aux termes de l'interprétation atténuante que j'adopte, sont confidentielles toutes les observations *ex parte*, celles que présente de plein droit le procureur général du Canada et celles que présente le particulier avec l'autorisation de la Cour. Cette conclusion laisse dans l'ombre une question juridique qui reste en suspens et qui n'a pas été soulevée par les parties.

[88] En l'espèce, les débats ont porté principalement sur les questions de sécurité nationale, et non sur les intérêts que le particulier pourrait faire valoir lors d'observations *ex parte*. L'accent a été mis sur les audiences où toutes les parties sont présentes, ainsi que sur les audiences *ex parte* accordées de plein droit au procureur général du Canada. Rien n'a été dit au sujet de la validité constitutionnelle de la tenue d'audiences à huis clos donnant au particulier la possibilité de présenter des observations *ex parte*.

[89] Dans ses conclusions écrites, le Toronto Star a convenu qu'il ne demandait pas accès aux audiences *ex parte* en se fondant sur l'arrêt *Ruby*. Cependant, aux termes du paragraphe 38.11(2), le particulier peut également demander de présenter des observations « en l'absence d'autres parties ». Il s'agit là d'une disposition législative qui n'était pas en jeu dans l'affaire *Ruby*. Cette distinction n'a pas été mentionnée dans l'exposé conjoint des faits, pas plus qu'elle n'a fait l'objet d'une observation quelconque au cours de la présente instance.

[90] En l'absence d'éléments de preuve et d'observations pertinents de la part des avocats des parties, je ne me prononcerai pas sur la question et je maintiendrai le statu quo au sujet de l'exclusion impérative du public

government party is permitted to make *ex parte* representations. In this decision, the impugned provisions will be read down so as to apply to all *ex parte* representations envisaged in subsection 38.11(2).

Conclusion

[91] For the foregoing reasons, the constitutional questions raised by this motion are answered as follows:

1. Do subsections 38.04(4), 38.11(1), and 38.12(2) of the *Canada Evidence Act* constitute infringements of the Toronto Star's rights as guaranteed by paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes, as was conceded by the defendant.

2. Are the infringements constituted by subsections 38.04(4), 38.11(1), and 38.12(2) *Canada Evidence Act* justified under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No. The impugned provisions fail the *Oakes* test at the minimum impairment branch.

The words in subsection 38.04(4), "An application under this section is confidential" ("*Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle*"), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

The words in subsection 38.11(1), "A hearing under subsection 38.04(5) . . . shall be heard in private" ("*Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) . . . sont tenues à huis clos*"), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

The words in subsection 38.12(2), "The court records relating to the hearing . . . are confidential"

dans les cas où le particulier est autorisé à présenter des observations *ex parte*. Aux fins de la présente décision, les dispositions contestées, au terme d'une interprétation atténuante, visent toutes les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

Conclusion

[91] Pour les motifs qui précèdent, les réponses aux questions de nature constitutionnelle que soulève la présente requête sont les suivantes :

1. Les paragraphes 38.04(4), 38.11(1), et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* portent-ils atteinte aux droits du Toronto Star garantis par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui, comme l'a admis la défenderesse.

2. Les atteintes que portent les paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non. Les dispositions contestées ne constituent pas une « atteinte minimale » au sens de l'arrêt *Oakes*.

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.04(4), le passage « Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle » (« *An application under this section is confidential* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.11(1), le passage « Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) [. . .] sont tenues à huis clos » (« *A hearing under subsection 38.04(5) [. . .] shall be heard in private* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

Sur le plan constitutionnel, selon une interprétation atténuante, dans le paragraphe 38.12(2), le passage

(“*Le dossier ayant trait à l’audience. . . est confidentiel*”), are read down, as a constitutional remedy, to apply only to the *ex parte* representations provided for in subsection 38.11(2).

« Le dossier ayant trait à l’audience . . . est confidentiel » (« *The court records relating to the hearing. . . are confidential* ») ne vise que les observations *ex parte* mentionnées au paragraphe 38.11(2).

[92] The defendant shall pay to the plaintiff Toronto Star Newspapers Limited the costs of this motion. There will be no order as to costs concerning the plaintiff Kassim Mohamed.

[92] La défenderesse paiera à la demanderesse Toronto Star Newspapers Limited les dépens relatifs à la présente requête. Aucune ordonnance ne sera rendue quant aux dépens relatifs au demandeur Kassim Mohamed.

Schedule A: Excerpts from Section 38 of the *Canada Evidence Act* [ss. 38.01 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43) 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(6)), 38.13 (as enacted *idem*, s. 43)]

Annexe A : Extraits de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* [art. 38.01 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141(6)), 38.13 (édicte, *idem*, art. 43)]

International Relations and National Defence and National Security

Relations internationales et défense et sécurité nationales

...

[. . .]

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.

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) 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

(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.

(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

(3) Le fonctionnaire—à l’exclusion d’un participant—qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d’une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l’avis précise la nature, la date et le lieu de l’instance.

(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.

...

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);

(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).

...

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).

...

(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.

38.031 (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is

(4) Le fonctionnaire—à l'exclusion d'un participant—qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu 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 (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

[. . .]

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) 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).

[. . .]

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.

[. . .]

(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.

38.031 (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui

not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

...

38.04 (1) . . .

(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,

...

(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.

...

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of 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, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

[. . .]

38.04 (1) [. . .]

(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :

[. . .]

c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.

[. . .]

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

(a) entend les observations du procureur général du Canada—et du 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*—sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

(b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

...

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

...

38.09 (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

38.1 Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment

(c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

(d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

[...]

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

[...]

38.09 (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

38.1 Malgré toute autre loi fédérale :

a) le délai de demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada est de dix jours suivant le jugement frappé d'appel, mais ce tribunal peut proroger le

appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

(b) if leave to appeal is granted, the appeal shall be brought in the manner set out in subsection 60(1) of the *Supreme Court Act* but within the time specified by the Supreme Court of Canada.

38.11 (1) A hearing under subsection 38.04(5) or an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) shall be heard in private and, at the request of either the Attorney General of Canada or, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, shall be heard in the National Capital Region, as described in the schedule to the *National Capital Act*.

(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*.

38.12 (1) 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 make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

38.13 (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security.

...

38.131 (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order

délati s'il l'estime indiqué en l'espèce;

b) dans les cas où l'autorisation est accordée, l'appel est interjeté conformément au paragraphe 60(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, mais le délai qui s'applique est celui qu'a fixé la Cour suprême du Canada.

38.11 (1) Les audiences prévues au paragraphe 38.04(5) et l'audition de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) sont tenues à huis clos et, à la demande soit du procureur général du Canada, soit du ministre de la Défense nationale dans le cas des instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, elles ont lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale*.

(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).

38.12 (1) 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) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

38.13 (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère—au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information*—ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. [. . .]

[. . .]

38.131 (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une

varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

Schedule B: List of Section 38 Applications Filed in Federal Court

Since the coming into force of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41 on December 24, 2001, 15 section 38 applications have been publicly disclosed. These are:

- *Ribic v. Canada*, Court file DES-7-01; 2002 FCT 290.

This file, commenced on December 10, 2001, was decided under section 38 as amended by the *Anti-terrorism Act*.

- *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2002), 221 F.T.R. 310 (F.C.T.D.).

- *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2002 FCT 1044.

- *Ribic v. Canada (Attorney General)* (2003), 250 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); aff'd [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.).

- *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2003), 250 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); aff'd [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.).

- *Canada (Attorney General) v. Kempo*, Court file DES-1-03; notice of discontinuance filed on October 27, 2005.

- *Canada (Attorney General) v. Ouzghar*, Court file DES-4-03; notice of discontinuance filed on July 20, 2005.

- *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678.

- *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 122 C.R.C. (2d) 359 (F.C.).

- *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, Court file DES-2-04; notice of discontinuance filed on March 31, 2004.

ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

Annexe B : Liste des demandes fondées sur l'article 38 qui ont été déposées devant la Cour fédérale

Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41 le 24 décembre 2001, 15 demandes fondées sur l'article 38 ont été divulguées au public :

- *Ribic c. Canada*, 2002 CFPI 290.

Ce dossier, entrepris le 10 décembre 2001, a été tranché en vertu de l'article 38, modifié par la *Loi antiterroriste*.

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839.

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 1044.

- *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

- *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CFPI 43; conf. par [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.).

- *Canada (Procureur général) c. Kempo*, dossier DES-1-03; avis de désistement déposé le 27 octobre 2005.

- *Canada (Procureur général) c. Ouzghar*, dossier DES-4-03; avis de désistement déposé le 20 juillet 2005.

- *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678.

- *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052.

- *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, dossier DES-2-04; avis de désistement déposé le 31 mars 2004.

-
- *Canada (Attorney General) v. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar*, Court file DES-4-04; notice of discontinuance filed on April 4, 2004.
 - *Ribic v. Canada*, Court file DES-1-05; adjourned *sine die* on June 3, 2005.
 - *Canada (Attorney General) v. Mohamed*, Court file DES-1-06.
 - *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, Court file DES-2-06.
 - *Canada (Attorney General) v. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar*, Court file DES-4-06.
 - *Canada (Procureur général) c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, dossier DES-4-04; avis de désistement déposé le 4 avril 2004.
 - *Ribic c. Canada*, dossier DES-1-05; ajourné *sine die* le 3 juin 2005.
 - *Canada (Procureur général) c. Mohamed*, dossier DES-1-06.
 - *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, dossier DES-2-06.
 - *Canada (Procureur général) c. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar*, dossier DES-4-06.