

DES-3-07
2008 FC 46

DES-3-07
2008 CF 46

Abdullah Khadr (*Applicant*)

Abdullah Khadr (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

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

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

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, December 20, 2007; January 15, 2008.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 20 décembre 2007; 15 janvier 2008.

Evidence — Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in Canada Evidence Act (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States — Applicant filed motion for voir dire before extradition Judge, for order requiring Attorney General of Canada (AG), requesting state to produce all documents relevant thereto — Federal Crown counsel issuing four notices to AG under CEA, s. 38.01(1) — Extensive redactions made to documents disclosed thereafter — Applicant filed application for Federal Court order seeking disclosure of information subject to four notices — To succeed on motion, applicant must articulate reasons why appointment of amicus necessary for Court to fully exercise jurisdiction — Applicant made compelling argument that amicus needed for Court to make full, fair determination of disclosure issues — Motion for appointment of amicus granted.

Preuve — Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui — Le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir un voir dire et une ordonnance enjoignant au procureur général et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au voir dire — L'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général en vertu de l'art. 38.01(1) de la LPC — Des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués par la suite — Le demandeur a déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui faisaient l'objet des quatre avis — Pour qu'une requête soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels il est nécessaire de nommer un amicus pour que la Cour puisse pleinement exercer sa compétence — Le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel la nomination d'un amicus serait nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation — La requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus a été accueillie.

Judges and Courts — Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in Canada Evidence Act (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States — Role of amicus characterized as disinterested person appointed to assist court to serve generally one of three purposes: represent unrepresented interests before court; inform court of some fact or circumstance that court may otherwise be unaware of; advise court on point of law — Amicus having no solicitor-client relationship with individual; role to assist court in arriving at just determination of issues — Motion granted.

Juges et Tribunaux — Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui — Le rôle que devrait jouer l'amicus a été décrit comme étant celui d'une personne désintéressée nommée en vue d'aider la cour à atteindre, d'une manière générale, l'un de trois objectifs : représenter les intérêts non représentés devant la cour; informer la cour de certains facteurs dont la cour n'est pas au courant et conseiller la cour quant à une

This was a motion for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA) in the context of a request for the applicant's extradition to face charges in the United States. The applicant filed a motion before the extradition Judge seeking, *inter alia*, a *voir dire* and an order requiring the Attorney General of Canada and the requesting state to produce all documents relevant to the *voir dire*. In preparing to provide disclosure, Crown counsel issued four notices to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) of the CEA indicating that certain of the documents contained information of a sensitive nature or information which could injure Canada's international relations, national defence or national security if released. After the Attorney General reviewed the material, extensive redactions or deletions were made to documents disclosed to the applicant. The applicant then filed an application in the Federal Court for an order seeking disclosure of the information that was the subject of the notices provided by the Crown and regarding which disclosure had not been authorized. Subsequently, redacted copies of some 266 documents comprising approximately 1200 pages, were filed and served. In his motion for the appointment of an *amicus*, the applicant submitted the names of two independent counsel as possible candidates.

The issues were (1) whether the appointment of an *amicus* is necessary to assist the Court in deciding whether to confirm the statutory prohibition against disclosure of the redacted information pursuant to subsection 38.06(3) of the CEA; and (2) if so, what the terms of appointment and the scope of that person's participation in the proceedings should be.

Held, the motion should be granted.

(1) There is no provision for the appointment of an *amicus* in section 38 of the CEA. In enacting section 38, Parliament made an effort to strike a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. In most instances, that balance can and should be achieved without the insertion of an additional actor into the proceedings to assist the Court. To succeed on such a motion, the applicant must articulate the reasons why it is necessary to appoint an *amicus* for the Court to fully exercise its statutory

question de droit — *L'amicus n'entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable — Requête accueillie.*

Il s'agissait d'une requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. Le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir, notamment, un *voir dire* et une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au *voir dire*. En se préparant à communiquer ces documents, l'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général du Canada en vertu du paragraphe 38.01(1) de la LPC portant qu'un certain nombre de ces documents comprenaient des renseignements sensibles qui pourraient être préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale du Canada s'ils étaient divulgués. Après que le procureur général a examiné les documents, des modifications ou des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués au demandeur. Le demandeur a alors déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui faisaient l'objet des avis délivrés par la Couronne et à l'égard desquels le procureur général n'avait autorisé aucune divulgation. Par la suite, des copies expurgées de quelque 266 documents comprenant environ 1 200 pages ont été déposées et signifiées. Dans sa requête sollicitant la nomination d'un *amicus*, le demandeur a proposé deux avocats indépendants comme candidats à la fonction d'*amicus*.

Les questions en litige étaient celles de savoir 1) s'il fallait nommer un *amicus* afin que celui-ci aide la Cour à décider si elle doit confirmer en vertu du paragraphe 38.06(3) de la LPC les interdictions prévues par la loi quant à la divulgation des renseignements; et 2) dans l'affirmative, quelles devraient être les conditions de la nomination et la portée de cette personne à l'instance.

Jugement : la requête doit être accueillie.

1) Aucune disposition de l'article 38 de la LPC ne prévoit la nomination d'un *amicus*. En adoptant l'article 38, le législateur s'est efforcé d'atteindre un équilibre délicat entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et le respect des droits de la personne. Dans la plupart des cas, cet équilibre peut et doit être atteint sans que l'on insère un élément additionnel dans l'instance en vue d'aider la Cour. Pour qu'une requête visant la nomination d'un *amicus* soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels

jurisdiction. That it be simply desirable is not sufficient. The applicant made a compelling argument that in the particular circumstances, the appointment of an *amicus* would be necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the disclosure issues. The extradition request will be determined largely on the basis of a documentary record of the case against the applicant in the foreign state. The applicant has a limited ability to challenge the strength of the case against him in that state. If extradited and convicted, he faces a maximum sentence of imprisonment well in excess of his natural life span. Furthermore, the information was sought for the purpose of demonstrating that the principal evidence against the applicant was allegedly obtained through torture and illegal detention. There was a realistic possibility that the applicant's claims of abuse could be substantiated giving rise to the remedy sought— exclusion of the evidence from the extradition proceedings. Finally, given other considerations such as the appearance that counsel for the Attorney General would be adverse in interest to the applicant regarding the disclosure issues, the fact that the motion was made on a timely basis prior to the hearing of any evidence, and that there were prospective *amicus* candidates available with the required clearances, the appointment of an experienced and independent counsel to act as *amicus curiae* was necessary for the full exercise of the Court's jurisdiction.

(2) The role that the *amicus* should perform has been characterized as that of a disinterested person appointed to assist the court to serve generally one of three different purposes: to represent unrepresented interests before the court; to inform the court of some fact or circumstance that the court may otherwise be unaware of; and to advise the court on a point of law. In the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, as in this case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. However, the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and the *amicus*'s role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bill C-3, *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, as

il est nécessaire de nommer un *amicus* pour que la Cour puisse pleinement exercer la compétence que la loi lui confère. Le seul fait que cela soit souhaitable ne suffit pas. Le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nomination d'un *amicus* serait nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation. La demande d'extradition sera principalement tranchée en fonction de la preuve documentaire contre le demandeur dans l'État étranger. Le demandeur dispose d'une capacité limitée de contester la solidité de la preuve contre lui dans cet État. S'il est extradé et reconnu coupable, il est passible d'une peine maximale d'emprisonnement dépassant largement le temps qu'il lui reste normalement à vivre. Qui plus est, les renseignements étaient demandés afin de démontrer que la preuve principale contre le demandeur aurait été obtenue par la torture et la détention illégale. Il existait une réelle possibilité que les allégations de mauvais traitements faites par le demandeur puissent être justifiées et donnent ouverture au recours sollicité— l'exclusion de la preuve de la procédure d'extradition. Enfin, compte tenu d'autres facteurs, comme l'impression qu'a donnée l'avocat du procureur général qu'il aurait un intérêt contraire à celui du demandeur en ce qui a trait aux questions de divulgation, le fait que la requête a été déposée en temps opportun avant l'audition de la preuve et le fait qu'il y avait des candidats à la fonction d'*amicus* qui possédaient l'attestation de sécurité requise, la nomination d'un avocat expérimenté et indépendant comme *amicus curiae* était nécessaire à l'exercice complet de la compétence de la Cour.

2) Le rôle que devrait jouer l'*amicus* a été décrit comme étant celui d'une personne désintéressée nommée en vue d'aider la cour à atteindre, d'une manière générale, l'un de trois objectifs : représenter les intérêts non représentés devant la cour; informer la cour de certains facteurs dont la cour n'est pas au courant et conseiller la cour quant à une question de droit. Dans le contexte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l'espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la divulgation des renseignements durant la partie *ex parte* de l'instance et peut être considérée à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l'*amicus* n'entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

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.

passed by the House of Commons, February 6, 2008, s. 83(1)(b).
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06(3) (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, R. 92.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (U.K.), 1997, c. 68.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 151 C.R.R. (2d) 74; 2007 FC 128; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FCA 388; affg (2007), 280 D.L.R. (4th) 32; 219 C.C.C. (3d) 289; 2007 FC 463.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Ribic, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 18 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 48 Imm. L.R. (3d) 211; 2004 FC 1717; *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1010; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Charkaoui (Re)*, 2007 FC 1037; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025; *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253; (2007), 285 D.L.R. (4th) 193; [2008] 1 W.W.R. 223; 73 B.C.L.R. (4th) 34; 224 C.C.C. (3d) 1; 51 C.R. (6th) 262; 368 N.R. 112; 2007 SCC 43.

REFERRED TO:

United States of America v. Khadr, [2007] O.J. No. 3140 (S.C.J.) (QL); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *United States of America v. Ferras*; *United States of America v. Latty*, [2006] 2 S.C.R. 77;

(1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06(3) (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).
 Projet de loi C-3, *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, adopté par la Chambre des communes le 6 février 2008, art. 83(1)(b).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règle 92.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (R.-U.), 1997, ch. 68.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388; confirmant 2007 CF 463.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Ribic, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717; *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1010; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Charkaoui (Re)*, 2007 CF 1037; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1025; *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253; 2007 CSC 43.

DÉCISIONS CITÉES :

United States of America v. Khadr, [2007] O.J. n° 3140 (C.S.J.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*; *États-Unis d'Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77; 2006 CSC 33; *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*

(2006), 268 D.L.R. (4th) 1; 209 C.C.C. (3d) 353; 39 C.R. (6th) 207; 143 C.R.R. (2d) 140; 2006 SCC 33; *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *R. v. McNeil*, [2007] S.C.C.A. No. 57 (QL).

MOTION for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* in the context of a request for the applicant's extradition to face charges in the United States. Motion granted.

APPEARANCES:

Nathan J. Whitling for applicant.
Robert B. MacKinnon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Parlee McLaws LLP, Edmonton, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: This is a motion by the applicant for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). The underlying application arises in the context of a request for the extradition of the applicant to face charges in the United States of America. Mr. Khadr was arrested in Canada on December 17, 2005 pursuant to a provisional warrant issued by a judge of the Ontario Superior Court of Justice under the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. He was denied judicial interim release and remains in custody.

(1987), 35 D.L.R. (4th) 495; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (C.A. C.-B.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. McNeil*, [2007] S.C.C.A. n° 57 (QL).

REQUÊTE déposée en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

Nathan J. Whitling pour le demandeur.
Robert B. MacKinnon pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Il s'agit d'une requête déposée par le demandeur en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC). La demande sous-jacente est présentée dans le contexte d'une demande présentée pour l'extradition du demandeur afin que celui-ci réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. M. Khadr a été arrêté au Canada le 17 décembre 2005 en vertu d'un mandat provisoire délivré par un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18. Il s'est vu refuser la mise en liberté provisoire et il est toujours incarcéré.

[2] In August 2006, the applicant filed a motion before the extradition Judge seeking, among other things, a *voir dire* to determine the admissibility of portions of the record of the case relied upon by the requesting state and for an order requiring the Attorney General of Canada and the requesting state to produce all documents relevant to the *voir dire*. Federal Crown counsel acting for the requesting state voluntarily disclosed documents held by the Canadian Security Intelligence Service, the Department of Foreign Affairs and International Trade and the Royal Canadian Mounted Police.

[3] In preparing to provide disclosure, Crown counsel issued four notices to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA, to the effect that certain of the documents contained information of a sensitive nature or information which could injure Canada's international relations, national defence or national security if released. As required by the statute, the Attorney General reviewed the material and made decisions with respect to whether disclosure of the information would be authorized or not authorized. Extensive redactions or deletions were made to documents disclosed to the applicant.

[4] The extradition Judge, Justice Christopher M. Speyer, in a decision rendered on July 24, 2007, ruled that no order for disclosure was required with respect to the material in the possession of Canadian government departments or agencies as those documents had already been disclosed. He declined to make any order for production against the requesting state. At paragraph 23 of his decision, Justice Speyer noted that it was beyond the scope of his authority to determine whether the circumstances of the extradition proceeding required the production of unredacted copies of the material disclosed by the Canadian authorities as that jurisdiction is assigned to a designated judge of the Federal Court under section 38 of the *Canada Evidence Act: United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. No. 3140 (S.C.J.) (QL).

[2] En août 2006, le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir, notamment, un voir dire sur l'admissibilité de certaines parties du dossier de la cause invoqué par l'État requérant et visant à obtenir une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au voir dire. L'avocat de la Couronne fédérale représentant l'État requérant a volontairement divulgué des documents détenus par le Service canadien de renseignement de sécurité, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et la Gendarmerie royale du Canada.

[3] En se préparant à communiquer ces documents, l'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général du Canada en vertu du paragraphe 38.01(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC portant qu'un certain nombre de ces documents comprenaient des renseignements sensibles qui pourraient être préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité du Canada s'ils étaient divulgués. Comme l'exige la loi, le procureur général a examiné les documents et a pris des décisions quant à savoir si leur divulgation serait oui ou non autorisée. Des modifications ou des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués au demandeur.

[4] Le juge d'extradition, M. Christopher M. Speyer, dans une décision rendue le 24 juillet 2007, a conclu qu'il n'y avait pas lieu de délivrer une ordonnance de divulgation en rapport avec les documents se trouvant en la possession de ministères ou organismes du gouvernement fédéral car ceux-ci avaient déjà été divulgués. Il a refusé de délivrer une ordonnance de production contre l'État requérant. Au paragraphe 23 de sa décision, le juge Speyer a souligné que le pouvoir qui lui était conféré ne lui permettait pas de décider si les circonstances de la procédure d'extradition exigeaient la production de copies non expurgées des documents divulgués par les autorités canadiennes car ce pouvoir est conféré par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* à un juge désigné de la Cour fédérale : *United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. n° 3140 (C.S.J.) (QL).

[5] On August 21, 2007, Mr. Khadr filed an application in the Federal Court for an order seeking the disclosure of the information which is the subject of the notices provided by the Crown and with respect of which the Attorney General has not authorized disclosure. I note that the requirements of the statute that such applications be kept confidential were found to be in breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.). Although there was no controversy between the parties over this question, for greater certainty I adopt the reasoning and conclusions of that decision for the purposes of this proceeding.

[6] On November 5, 2007, counsel for the Attorney General filed and served redacted copies of the documents at issue. These consist of some 266 documents comprising approximately 1200 pages. Application and responding records with supporting public and private affidavit evidence, including unredacted versions of the documents, have been filed with the Court. Thus far, no evidence has been heard *ex parte*.

[7] This motion for the appointment of an *amicus* was filed on November 15, 2007, and an oral hearing on the motion was conducted on December 20, 2007. The applicant has proposed the names of two independent counsel as candidates for appointment as *amicus* in this matter. The respondent acknowledges that the Court has the implicit jurisdiction to appoint an *amicus* but takes the position that such an appointment is not necessary in the circumstances of this case and would lead to delays in rendering a decision on the application.

[8] In the alternative, should the Court deem it necessary to appoint an *amicus*, the respondent has proposed the names of four independent counsel, all of whom are also acceptable to the applicant. Both parties have submitted proposed terms of appointment and conditions to define the scope of the mandate of an *amicus*. These proposed terms and conditions are substantially similar but differ in certain important respects.

[5] Le 21 août 2007, M. Khadr a déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui font l'objet des avis délivrés par la Couronne et à l'égard desquels le procureur général n'a autorisé aucune divulgation. Je souligne que, dans *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (C.F.), il a été conclu que les exigences de la loi selon lesquelles ces demandes doivent demeurer confidentielles contrevenaient à 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]. Bien qu'il n'y ait eu aucune divergence de vue entre les parties sur cette question, pour plus de certitude, j'adopte le raisonnement et les conclusions de la décision susmentionnée aux seules fins de la présente instance.

[6] Le 5 novembre 2007, l'avocat du procureur général a déposé et signifié des copies des documents en litige. Ces documents sont au nombre d'environ 266 comprenant environ 1 200 pages. Les dossiers de demande et de réponse, la preuve par affidavit publique et privée à l'appui et les versions non expurgées des documents ont été déposées auprès de la Cour. Jusqu'à maintenant, aucune preuve n'a été produite *ex parte*.

[7] La présente requête sollicitant la nomination d'un *amicus* a été déposée le 15 novembre 2007 et son audition a eu lieu le 20 décembre 2007. Le demandeur a proposé deux avocats indépendants comme candidats à la fonction d'*amicus* dans la présente affaire. Le défendeur reconnaît que la Cour est implicitement autorisée à nommer un *amicus* mais prétend qu'une telle nomination n'est pas nécessaire dans les circonstances de l'espèce et qu'elle occasionnerait des retards dans le prononcé d'une décision sur la demande.

[8] À titre subsidiaire, si la Cour estime qu'il est nécessaire de nommer un *amicus*, le défendeur a proposé quatre avocats indépendants et leurs candidatures sont toutes acceptées par le demandeur. Les deux parties ont proposé des conditions de nomination afin de définir la portée du mandat d'un *amicus*. Les conditions qui ont été proposées, malgré qu'elles soient pour l'essentiel semblables, comportent un certain nombre de différences importantes.

ISSUES

[9] The issues which the Court is to determine on this motion are as follows:

1. Whether the appointment of an *amicus curiae* is necessary to assist the Court in deciding whether to confirm the statutory prohibition against disclosure of the redacted information pursuant to subsection 38.06(3) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA; and
2. If the appointment of an *amicus curiae* is found to be necessary, what should be the terms of appointment and the scope of his or her participation in the proceedings?

ANALYSIS

Is the appointment of an *amicus curiae* necessary in these proceedings?

[10] The grounds relied upon by the applicant in support of the appointment of an *amicus* are succinctly set out in his notice of motion as follows:

1. Absent the appointment of an *amicus curiae*, the applicant's interests and perspectives will not be represented before the court during *ex parte* sessions of these proceedings;
2. The exclusion of the applicant from the proceedings and the absence of an *amicus curiae* would constitute a violation of the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and
3. The appointment of an *amicus curiae* is necessary in order to ensure a full and fair hearing of the issues raised in these proceedings.

[11] Although the motion grounds cited by the applicant refer to section 7 of the Charter, counsel has confirmed that the applicant does not seek any constitutional remedy at this time, reserving the right to raise such a challenge at a later date should it be warranted by the circumstances. However, counsel submits that the Court's decision on this motion should be informed by the fundamental justice interests protected by section 7.

[12] The Federal Court of Appeal has upheld the constitutionality of the provisions allowing for *ex parte* hearings in section 38 proceedings: *Canada (Attorney*

LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] Les questions en litige que la Cour doit trancher dans le cadre de la présente requête sont les suivantes :

1. Faut-il nommer un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour à décider si elle doit confirmer en vertu du paragraphe 38.06(3) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC les interdictions prévues par la loi quant à la divulgation des renseignements?
2. Si on conclut qu'il faut nommer un *amicus curiae*, quelles devraient être les conditions de la nomination et la portée de ce dernier à l'instance?

L'ANALYSE

Faut-il nommer un *amicus curiae* dans la présente instance?

[10] Les motifs invoqués par le demandeur à l'appui de la nomination d'un *amicus* sont brièvement énoncés de la manière suivante dans son avis de requête :

1. Si on ne nomme pas un *amicus curiae*, les intérêts et les points de vue du demandeur ne seront pas représentés devant la Cour durant les séances *ex parte* de la présente instance;
2. L'exclusion du demandeur de la présente instance et l'absence d'un *amicus curiae* constitueraient une violation des droits du demandeur prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
3. Il faut nommer un *amicus curiae* si on veut que l'audition des questions soulevées dans la présente instance soit complète et équitable.

[11] Bien que les motifs de la requête invoqués par le demandeur dans sa requête renvoient à l'article 7 de la Charte, l'avocat du demandeur a confirmé que celui-ci ne cherche pas à ce moment-ci à obtenir un recours d'ordre constitutionnel et qu'il se réserve le droit de soulever ultérieurement une telle contestation si les circonstances le justifient. Cependant, l'avocat du demandeur fait valoir que la Cour doit statuer sur la présente requête au regard des principes de justice fondamentale garantis par l'article 7.

[12] La Cour d'appel fédérale a confirmé la constitutionnalité des dispositions législatives permettant la tenue de séances *ex parte* dans les instances

General) v. *Khawaja*, 2007 FCA 388. The Court of Appeal did not deem it necessary to address the question of the application of section 7 as it considered that the issue was not squarely before it. In the decision under appeal, *Canada (Attorney General) v. Khawaja* (2007), 280 D.L.R. (4th) 32 (F.C.), Chief Justice Allan Lutfy cited the existence of a discretion on the part of the presiding Judge to appoint an *amicus* as a significant factor, stating the following at paragraph 57 of his reasons:

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

[13] Chief Justice Lutfy noted, at paragraph 49, that a variant of the *amicus* model, although not identical to the traditional conception of that office, had been used in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.). In that case, counsel for the Attorney General on the section 38 application was appointed to act on behalf of the applicant for the purpose of examining two witnesses *in camera*. The Court of Appeal upheld the fairness of the process in the circumstances in which it arose: the application had been made in the middle of a jury trial, the legislation was new and there were very few security-cleared counsel then available.

[14] There is no provision for the appointment of an *amicus* in section 38. The respondent submits that the Federal Court has the implied jurisdiction to appoint an *amicus* where necessary to assist the Court: *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.).

[15] In *Harkat*, Justice Eleanor Dawson reviewed the scope of the Federal Court's jurisdiction to appoint an *amicus* in the context of a hearing into the reasonableness of a security certificate signed pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001,

introduites en vertu de l'article 38 : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388. La Cour d'appel n'a pas estimé qu'il était nécessaire de traiter la question de l'application de l'article 7 car elle a estimé que la question ne lui était pas directement soumise. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, laquelle a fait l'objet d'un appel, le juge en chef Allan Lutfy a mentionné que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré au juge qui préside l'audience de nommer un *amicus* était un facteur important et il a déclaré ce qui suit, au paragraphe 57 de ses motifs :

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

[13] Le juge en chef Lutfy a souligné, au paragraphe 49, qu'une variante du modèle de l'*amicus*, bien que non identique à la conception traditionnelle de cette fonction, a été utilisée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.). Dans cette cause, l'avocat du procureur général dans le cadre de la demande présentée en vertu de l'article 38 a été nommé pour représenter le demandeur dans le cadre de l'interrogatoire à huis clos de deux témoins. La Cour d'appel a confirmé l'équité du processus dans les circonstances qui y ont donné naissance : la demande a été présentée au beau milieu d'un procès devant jury, la loi était nouvelle et on ne disposait que de peu d'avocats ayant obtenu une attestation de sécurité.

[14] Aucune disposition de l'article 38 ne prévoit la nomination d'un *amicus*. Le défendeur prétend que la Cour fédérale possède la compétence implicite de nommer un *amicus* pour l'aider lorsque cela est nécessaire : *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416 (C.F.).

[15] Dans *Harkat*, la juge Eleanor Dawson a étudié l'étendue de la compétence de la Cour fédérale de nommer un *amicus* dans le contexte d'une audience portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité délivré en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et*

c. 27 (IRPA). In the circumstances of that case, Justice Dawson did not consider it necessary to decide the question and assumed for the purposes of the motion before her that there is such a jurisdiction. At paragraph 20 of her reasons, she noted that a power may be conferred by implication to the extent that the existence and exercise of such a power is necessary for the Court to properly and fully exercise the jurisdiction expressly conferred upon it by some statutory provision: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at pages 639-644.

[16] Justice Dawson concluded that the applicant had not established that the Court could not properly exercise its jurisdiction without the appointment of an *amicus* or that recourse to a remedy under section 24 of the Charter was required. Three additional reasons for refusing the application were identified: the absence of any expression of parliamentary intent in favour of such an appointment; the lateness of the application and the resulting delay that it would occasion; and, that the legislation provided designated judges with sufficient power and flexibility to properly discharge the duties imposed.

[17] A similar result was reached in *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1010, also a security certificate case. Both *Harkat* and *Jaballah* preceded the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350. I note that in *Charkaoui (Re)*, 2007 FC 1037 and *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025, both conditional release applications arising in certificate cases, the applicants were invited by the Court to bring motions to appoint *amici* but declined.

[18] The respondent submits that in the present case it is clear that an *amicus* is not required in order for the Court to exercise jurisdiction under section 38 of the CEA. The case is no more complex than other section

la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Dans les circonstances de l'espèce, la juge Dawson n'a pas jugé nécessaire de trancher la question et a présumé que, pour les besoins de la requête dont elle était saisie, la Cour avait compétence. Au paragraphe 20 de ses motifs, la juge Dawson a souligné qu'un pouvoir peut être conféré implicitement dans la mesure où l'existence et l'exercice de ce pouvoir sont nécessaires pour permettre à la Cour d'exercer valablement et pleinement la compétence qui lui est expressément conférée par une disposition législative : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux pages 639 à 644.

[16] La juge Dawson a conclu que le demandeur n'avait pas établi que la Cour ne pouvait pas exercer valablement sa compétence sans nommer un *amicus* ou qu'il était nécessaire de recourir aux dispositions réparatrices de l'article 24 de la Charte. Elle a mentionné trois motifs additionnels justifiant le rejet de la demande : le législateur n'a pas prévu explicitement la nomination d'un *amicus*; la demande a été présentée tardivement durant l'instance et conduirait à un délai additionnel; la loi donne au juge désigné le pouvoir et la faculté de s'acquitter convenablement des devoirs qui lui sont imposés.

[17] Une conclusion semblable a été tirée dans *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1010, une cause portant également sur une question de certificat de sécurité. *Harkat* et *Jaballah* ont précédé la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350. Je souligne que, dans *Charkaoui (Re)*, 2007 CF 1037 et dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1025, deux causes dans lesquelles il était question de demande de mise en liberté sous condition dans le cadre d'affaires portant sur des certificats de sécurité, les demandeurs ont été invités par la Cour à déposer des requêtes visant à obtenir la nomination d'*amici* et ils ont refusé cette invitation.

[18] Le défendeur prétend que, en l'espèce, il est manifeste qu'il n'est pas nécessaire que la Cour nomme un *amicus* pour qu'elle puisse exercer la compétence que lui confère l'article 38 de la LPC. Selon le

38 applications, it is said, and the Court has developed an expertise in dealing with national security cases without the benefit of *amici*. The appointment of an *amicus* would likely add to the time required to begin and complete the section 38 proceeding, particularly if the independent counsel selected was not yet security cleared.

[19] As the Supreme Court of Canada recognized in *Charakaoui*, above, at paragraph 77, in enacting section 38 Parliament has made an effort to strike a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. I agree with the respondent that in most instances, that balance can and should be achieved without the insertion of an additional actor into the proceedings to assist the Court. To succeed on such a motion, the applicant must articulate the reasons why it is necessary to appoint an *amicus* for the Court to fully exercise its statutory jurisdiction. It is not sufficient that it be simply desirable: *Canadian Liberty Net*, above, at page 641.

[20] In these proceedings, the applicant has made a compelling argument that, in the particular circumstances of his case, the appointment of an *amicus* is necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the disclosure issues.

[21] The extradition request will be determined largely on the basis of a documentary record of the case against the applicant in the foreign state. The applicant has a limited ability to challenge the strength of the case against him in that state. If extradited and convicted, he faces a maximum sentence of imprisonment well in excess of his natural life span. While these may be factors common to many extradition requests, there are additional considerations.

défendeur, la présente cause n'est pas plus complexe que les autres causes dans lesquelles il est question de demande déposée en vertu de l'article 38 et la Cour possède une expertise en matière de cas de sécurité nationale et elle n'a pas besoin d'avoir recours à des *amici*. La nomination d'un *amicus* occasionnerait vraisemblablement un délai dans le traitement de l'instance introduite en vertu de l'article 38, en particulier si l'avocat indépendant qui serait choisi n'a pas encore obtenu son attestation de sécurité.

[19] Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, au paragraphe 77 de l'arrêt *Charakaoui*, précité, en adoptant l'article 38, le législateur s'est efforcé d'atteindre un équilibre délicat entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et le respect des droits de la personne. Je suis d'accord avec le défendeur que, dans la plupart des cas, cet équilibre peut et doit être atteint sans que l'on insère un élément additionnel dans l'instance en vue d'aider la Cour. Pour qu'une requête visant la nomination d'un *amicus* soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels il est nécessaire de nommer un *amicus* pour que la Cour puisse pleinement exercer la compétence que la loi lui confère. Le seul fait que cela soit souhaitable ne suffit pas : *Canadian Liberty Net*, précité, à la page 641.

[20] Dans la présente instance, le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nomination d'un *amicus* est nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation.

[21] La demande d'extradition sera principalement tranchée en fonction de la preuve documentaire contre le demandeur dans l'État étranger. Le demandeur dispose d'une capacité limitée de contester la solidité de la preuve contre lui dans cet État. S'il est extradé et reconnu coupable, il est passible d'une peine maximale d'emprisonnement dépassant largement le temps qu'il lui reste normalement à vivre. Bien que ces facteurs soient présents dans de nombreuses demandes d'extradition, il existe d'autres considérations.

[22] The information at issue in this case is sought for the purpose of demonstrating that the principal evidence against the applicant was allegedly obtained through torture and illegal detention. The applicant argues in the extradition proceedings that the evidence is inadmissible or in the alternative, “manifestly unreliable” as described by the Supreme Court of Canada in *United States of America v. Ferras; United States of America v. Latty*, [2006] 2 S.C.R. 77. The Crown has conceded that there is an “air of reality” to Mr. Khadr’s allegations. As stated by Justice Speyer, at paragraph 40 of his decision on the *voir dire* motion, there is a realistic possibility that the applicant’s claims of abuse can be substantiated giving rise to the remedy sought, that is, to exclude the evidence from the extradition proceedings.

[23] One of the safeguards identified by Chief Justice Lutfy in *Khawaja*, above, at paragraph 59, as contributing to the protection of the interests of the individual whose liberty interests are engaged in a section 38 application based on underlying criminal proceedings is subsection 38.14 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA. Subsection 38.14 provides that the “person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial”. Assuming that this provision would apply to the extradition hearing in Canada, it would have no application to a trial conducted in the foreign jurisdiction.

[24] While there is a duty of utmost good faith on the part of counsel for the Attorney General in section 38 proceedings, and the respondent’s counsel on this application are not directly engaged in the extradition proceedings, they will be arguing in favour of maintaining the Attorney General’s decisions with respect to disclosure of the contested information. Moreover, federal Crown counsel have carriage of the extradition proceedings on behalf of the requesting state. There is at least the appearance that counsel for the Attorney General will be adverse in interest to the applicant with respect to the disclosure issues which the Court must address.

[22] Les renseignements en litige en l’espèce sont demandés afin de démontrer que la preuve principale contre le demandeur aurait été obtenue par la torture et la détention illégale. Le demandeur prétend dans la procédure d’extradition que la preuve est irrecevable ou subsidiairement « manifestement non digne de foi », pour reprendre les mots de la Cour suprême du Canada dans *États-Unis d’Amérique c. Ferras; États-Unis d’Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77. La Couronne a admis que les allégations de M. Khadr ont une certaine vraisemblance. Comme l’a déclaré le juge Speyer au paragraphe 40 de sa décision sur la requête en voir dire, il existe une réelle possibilité que les allégations de mauvais traitements faites par le demandeur puissent être justifiées et donnent ouverture au recours sollicité, c’est-à-dire l’exclusion de la preuve de la procédure d’extradition.

[23] L’article 38.14 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC est l’une des garanties relevées par le juge en chef Lutfy au paragraphe 59 de *Khawaja*, précité, qui contribuent à la protection des intérêts de la personne dont le droit à la liberté est mis en cause dans une demande présentée en vertu de l’article 38 dans le cadre d’une procédure criminelle. L’article 38.14 prévoit que « la personne qui préside une instance criminelle peut rendre l’ordonnance qu’elle estime indiquée en l’espèce en vue de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable ». En présumant que cette disposition s’applique à l’audition de la demande d’extradition au Canada, elle ne s’applique pas à un procès tenu dans le ressort étranger.

[24] Bien qu’il existe une obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue de la part des avocats du procureur général dans les instances introduites en vertu de l’article 38 et que l’avocat du défendeur dans la présente demande n’est pas directement impliqué dans la procédure d’extradition, ils militeront en faveur de la confirmation des décisions rendues par le procureur général en rapport avec la divulgation des renseignements contestés. De plus, les avocats de la Couronne fédérale s’occupent des procédures d’extradition pour le compte de l’État requérant. Il semblerait, à tout le moins, que l’avocat du procureur général aura un intérêt contraire à celui du demandeur en ce qui a trait aux questions de divulgation sur lesquelles la Cour doit se pencher.

[25] The possibility, as argued by the respondent, that appointment of an *amicus* would result in delays in the proceedings, either to obtain security clearances or to conduct the *ex parte* hearings, is a relevant consideration. The Court would be reluctant to adopt the procedure when it may have uncertain benefits and could result in significant delay in related proceedings. One example would be when a section 38 application is being considered in the middle of a jury trial.

[26] In this instance, the motion has been made on a timely basis prior to the hearing of any evidence. There are prospective *amicus* candidates available with the required clearances and it is not expected that the hearings will be unduly prolonged. Counsel for Mr. Khadr has also stressed that his desire for the appointment of an *amicus* outweighs his interest in a more rapid disposition of the underlying application.

[27] I am satisfied that in these circumstances, the appointment of an experienced and independent counsel to act as *amicus curiae* is necessary for the full exercise of the Court's jurisdiction.

Terms of appointment and mandate

[28] As noted above, both parties have submitted proposed terms and conditions which are largely similar. They are agreed, for example, that the *amicus* designated by the Court shall be required to have, or apply for and receive, security clearance to the satisfaction of the Attorney General before being appointed, that the *amicus* shall have reasonable access to the unredacted versions of the documents at issue and that the Court may order the reasonable fees and disbursements of the *amicus* to be paid by the Attorney General. The respondent would prefer that payment be subject to applicable Treasury Board policies or guidelines. While I would encourage agreement to be reached, the matter could be determined by the Court at a later date if an issue arises as to what constitutes "reasonable" compensation.

[29] The parties differ over the nature of the role that the *amicus* should perform. The applicant submits that it should be substantially the same as that proposed for

[25] La possibilité, comme le prétend le défendeur, que la nomination d'un *amicus* occasionnerait des retards dans les procédures, que ce soit pour obtenir des attestations de sécurité ou pour tenir des audiences *ex parte*, est une considération pertinente. La Cour hésiterait à adopter la procédure lorsqu'il n'est pas certain qu'elle soit avantageuse et qu'elle pourrait occasionner un retard important dans des procédures connexes. Donnons comme exemple le cas d'une demande présentée en vertu de l'article 38 qui est examinée au beau milieu d'un procès par jury.

[26] En l'espèce, la requête a été déposée en temps opportun avant l'audition de la preuve. Il y a des candidats à la fonction d'*amicus* qui possèdent l'attestation de sécurité et on ne s'attend pas à ce que les audiences soient indûment prolongées. L'avocat de M. Khadr a également souligné que son désir de nommer un *amicus* l'emporte sur son intérêt à un règlement rapide de la demande sous-jacente.

[27] Je suis persuadé que, dans les circonstances de l'espèce, la nomination d'un avocat expérimenté et indépendant comme *amicus curiae* est nécessaire à l'exercice complet de la compétence de la Cour.

Les modalités de la nomination et du mandat

[28] Comme il a déjà été souligné, les deux parties ont proposé des modalités et des conditions qui sont en grande partie semblables. Elles ont convenu, par exemple, que l'*amicus* nommé par la Cour doit détenir, ou doit demander et recevoir une attestation de sécurité à la satisfaction du procureur général avant d'être nommé. Elles ont également convenu que l'*amicus* doit avoir un accès raisonnable aux versions intégrales des documents en litige et que la Cour puisse ordonner que les honoraires et débours raisonnables de l'*amicus* soient payés par le procureur général. Le défendeur préférerait que le paiement soit assujéti aux politiques et aux lignes directrices applicables du Conseil du Trésor. Bien que je souhaite qu'une entente soit conclue, la question pourrait être tranchée plus tard par la Cour s'il faut statuer sur ce qui constitue une rémunération « raisonnable ».

[29] Les parties ont des divergences d'opinion quant à la nature du rôle que devrait jouer l'*amicus*. Le demandeur prétend que son rôle devrait être

“special advocates” in the context of proceedings under the IRPA by Bill C-3 [*An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, as passed by the House of Commons, February 6, 2008], currently before Parliament, or as set out in the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68 in the United Kingdom. As such, the *amicus* would represent the interests of the applicant and advance his point of view in the *ex parte* portion of the section 38 proceedings, in which the applicant could not take part.

[30] The respondent’s position is that the role of an *amicus curiae* has traditionally been regarded as that of a “friend of the court”, as the term translates into English. The role has been characterized as that of a disinterested person appointed to assist the court to serve generally one of three different purposes: (i) to represent unrepresented interests before the court; (ii) to inform the court of some fact or circumstance that the court may otherwise be unaware of; or (iii) to advise the court on a point of law: *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (B.C.C.A.), at page 505.

[31] Counsel have drawn my attention to a number of cases in which *amici* have been appointed by the courts in diverse circumstances. In *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, the Ontario Court of Appeal considered the authority of the mental health board to appoint an *amicus* to present submissions on behalf of a person found not criminally responsible by reason of mental disorder. In describing the role of the *amicus* for a unanimous panel, Juriansz J.A. stated the following at paragraph 29:

I would not adopt an unduly technical approach to the question. Certainly, *amicus curiae* appointed by the court have no solicitor-client relationship with the accused and may be described as counsel to the court. However, the role of *amicus curiae* is not strictly defined and continues to evolve. One of the roles of *amicus curiae* has been recognized as being an assistant to the court when “there is a failure to present the issues (as, for example, where one side of the argument has not been presented to the Court)”.... In my view *amicus curiae* may be appointed by the Board and assigned the role of

pratiquement identique au rôle envisagé dans le projet de loi C-3 [*Loi modifiant la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, adopté par la Chambre des communes le 6 février 2008], lequel a été déposé devant le Parlement, pour les « avocats spéciaux » dans le contexte des instances introduites en vertu de la LIPR, ou comme il est prévu dans la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68 du Royaume-Uni. En tant que tel, l’*amicus* représenterait les intérêts du demandeur et ferait valoir son point de vue dans la partie *ex parte* de l’instance introduite en vertu de l’article 38 à laquelle le demandeur ne peut pas prendre part.

[30] Le défendeur prétend que l’*amicus curiae* a traditionnellement été considéré comme étant l’« ami de la cour », tel que cette expression est traduite en français. Son rôle a été décrit comme étant celui d’une personne désintéressée nommée en vue d’aider la cour à atteindre, d’une manière générale, l’un des trois objectifs suivants : i) représenter les intérêts non représentés devant la cour; ii) informer la cour de certains facteurs dont la cour n’est pas au courant; iii) conseiller la cour quant à une question de droit : *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A. C.-B.), à la page 505.

[31] Les avocats ont attiré mon attention sur un certain nombre de causes dans lesquelles des *amici* ont été nommés par les cours dans diverses circonstances. Dans *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné le pouvoir de la commission de la santé mentale de nommer un *amicus* en vue de formuler des observations au nom d’une personne déclarée non responsable criminellement pour cause d’aliénation mentale. En décrivant le rôle de l’*amicus* au nom d’une formation unanime, le juge Juriansz a déclaré ce qui suit au paragraphe 29 :

[TRADUCTION] Je n’adopterai pas une approche trop technique à la question. Il est certain que l’*amicus curiae* nommé par la cour n’entretient aucune relation avocat-client avec l’accusé et peut être décrit comme étant un conseiller de la cour. Toutefois, le rôle de l’*amicus curiae* n’est pas défini d’une manière rigoureuse et il continue d’évoluer. L’un des rôles de l’*amicus curiae* a été reconnu comme étant celui d’assistant de la cour lorsque « toutes les questions en litige n’ont pas été soumises (par exemple, lorsqu’un aspect de l’argument n’a pas été présenté à la Cour) » [...] Selon moi, un *amicus curiae*

presenting the issues favouring the accused which otherwise might not be raised. I am satisfied that an *amicus curiae* who is assigned this role may be said to “act for the accused”. [Authority cited omitted.]

[32] Similarly, I am of the view that in the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, such as in the present case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. But the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and his or her role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

[33] The applicant does not dispute that the *amicus* must keep the information at issue confidential until such time as it may be ordered disclosed. However he questions the respondent’s position that the *amicus* should not have any communication with the applicant or counsel for the applicant once he or she has been granted access to the redacted information and documents, without leave of the Court. He submits that the *amicus* cannot perform an effective role under that constraint. However, it remains open to the Court to grant leave for such communication under such terms as may be necessary to protect the confidential information when it is deemed necessary for the proper exercise of the Court’s jurisdiction.

[34] In view of the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, the respondent submits that the *amicus* should be limited to presenting written and oral submissions on matters of fact and evidence alone and not on points of law. In *Named Person*, an extradition Judge had appointed an *amicus* to assist him in dealing with an issue of informer privilege. The Supreme Court held that this was an error as the determination of the proper legal test was the Judge’s responsibility. Counsel drew my attention to statements in the majority’s reasons at paragraph 48 which may be construed as

peut être nommé par la Commission et se voir confié le rôle qui consiste à soumettre les questions en litige favorisant l’accusé qui autrement ne seraient peut-être pas soulevées. Je suis convaincu qu’un *amicus curiae* qui se voit confier ce rôle peut être considéré comme « agissant pour l’accusé ». [Jurisprudence citée omise]

[32] De même, je crois que dans le contexte d’une demande présentée en vertu de l’article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l’espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la divulgation des renseignements durant la partie *ex parte* de l’instance et peut être considéré à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l’*amicus* n’entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

[33] Le demandeur ne conteste pas que l’*amicus* doit préserver la confidentialité des renseignements en litige jusqu’à ce que leur divulgation soit ordonnée. Toutefois, il met en doute le point de vue du défendeur selon lequel l’*amicus* ne devrait pas, sauf s’il a l’autorisation de la Cour, communiquer avec le demandeur ou l’avocat du demandeur une fois qu’il s’est vu accorder l’accès à la version expurgée des renseignements et des documents. Le demandeur prétend que l’*amicus* ne peut pas jouer un rôle efficace en vertu de cette contrainte. Toutefois, il demeure loisible à la Cour d’autoriser cette communication selon les conditions nécessaires à la protection des renseignements confidentiels lorsque cela est jugé nécessaire à l’exercice adéquat par la Cour de sa compétence.

[34] Compte tenu de la récente décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, le défendeur prétend que le rôle de l’*amicus* devrait se limiter à présenter des observations écrites et orales sur des questions de fait et des questions de preuve et non pas sur des questions de droit. Dans *Personne désignée*, un juge d’extradition avait nommé un *amicus* en vue de l’aider à traiter une question de privilège relatif aux indicateurs de police. La Cour suprême a conclu qu’il s’agissait d’une erreur car c’était le juge qui devait déterminer le critère juridique approprié. L’avocat du

supporting a restrictive interpretation of the scope of the mandate which an *amicus* may be given.

[35] I do not read the majority's decision in the *Named Person* case as laying down a definitive rule that an *amicus curiae* cannot make submissions on points of law. As stated by Justice Louis LeBel in his dissenting reasons at paragraph 155, that would be inconsistent with the Supreme Court's own practice in appointing *amici* in cases such as the *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. To illustrate recent application of this practice, counsel for the applicant tabled a copy of an order issued by the Chief Justice on December 10, 2007 under Rule 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156 appointing an *amicus* to file a factum and book of authorities and to make oral submissions in a pending appeal: *R. v. McNeil*, [2007] S.C.C.A. No. 57 (QL).

[36] In my view, the decision of the majority in *Named Person* turns on the absolute nature of the informer privilege. As stated at paragraph 63 of the majority's reasons, "the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the Extradition Judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the Extradition Judge's obligation to protect the information covered by informer privilege."

[37] Should the issue of informer privilege arise with respect to the redacted information at issue in these proceedings, the Court will have to ensure that the *amicus* not have access to that information or make submissions on the scope of the privilege. Barring that situation, the *amicus* will be invited to make submissions on the facts and the law.

défendeur a attiré mon attention sur des déclarations figurant dans les motifs de la majorité, au paragraphe 48, qui peuvent être interprétées comme étayant une interprétation restrictive de la portée du mandat qu'un *amicus* peut se voir confier.

[35] Selon moi, la décision rendue par la majorité dans la cause *Personne désignée* n'établit pas une règle définitive selon laquelle un *amicus curiae* ne peut formuler aucune observation quant à des questions de droit. Comme l'a déclaré le juge Louis LeBel dans ses motifs dissidents, au paragraphe 155, cela serait incompatible avec la pratique de la Cour suprême en matière de nomination d'*amici* dans les causes comme *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. À titre d'illustration d'une application récente de cette pratique, l'avocat du demandeur a déposé une copie d'une ordonnance par laquelle, le 10 décembre 2007, le juge en chef a nommé un *amicus* en vertu de la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156 pour que celui-ci dépose un mémoire et un recueil de jurisprudence et formule des observations orales dans un appel en instance : *R. c. McNeil*, [2007] S.C.C.A. n° 57 (QL).

[36] Selon moi, la décision rendue par la majorité dans *Personne désignée* porte sur le caractère absolu du privilège relatif aux indicateurs de police. Comme il a été déclaré au paragraphe 63 des motifs de la majorité : « il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police ».

[37] Si la question du privilège relatif aux indicateurs de police se pose en rapport avec la version expurgée des renseignements en litige dans la présente instance, la Cour devra voir à ce que l'*amicus* n'ait pas accès à ces renseignements ou devra formuler des observations sur la portée du privilège. Sauf dans ce cas, l'*amicus* sera invité à formuler des observations sur les faits et le droit.

[38] As noted above, the parties have put forward the names of six very experienced and capable independent counsel. The applicant would be content with any of the four proposed by the respondent. One of the six lacks the required security clearances at present and another is not available other than on a limited part-time basis until April. While delay is not a major concern, as discussed previously, the proposed candidates indicated through counsel or were asked by the Court Registry to submit information as to their short-term availability and that was taken into consideration.

[39] The respondent submits that the Court should appoint a candidate only from the list suggested by the parties and in the event that no satisfactory candidate is presented, the parties should be given a reasonable opportunity to provide additional candidates. Barring a statutory restriction such as is set out in the proposed paragraph 83(1)(b) in Bill C-3 or binding authority on the question, I see no reason for the Court to accept such a constraint on the exercise of its discretion. It is open to the Court to select independent counsel worthy of the Court's trust and confidence whether or not they are proposed by the parties.

[40] Having said that, I have had no difficulty in finding within the group of proposed candidates a senior member of the private bar in whom I have confidence, who has experience in national security matters and the required security clearances and who is available to participate in the *ex parte* proceedings in the coming days.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Leonard M. Shore, Q.C. of Ottawa, Ontario is appointed as *amicus curiae* to assist the Court in preparing for and to participate in the *ex parte* hearings of evidence and representations submitted on behalf of

[38] Comme il a déjà été souligné, les parties ont mentionné les noms de six avocats indépendants expérimentés et compétents. Le demandeur se contenterait de l'une ou l'autre des quatre personnes proposées par le défendeur. Une des six personnes ne possède pas actuellement l'attestation de sécurité exigée et une autre personne n'est disponible qu'à temps partiel jusqu'en avril. Bien que, comme il a déjà été discuté, le retard ne soit pas une préoccupation importante, les candidats envisagés ont mentionné par le biais de leurs avocats ou se sont fait demander par le greffe de la Cour de donner des renseignements quant à leur disponibilité à court terme et cela a été pris en considération.

[39] Le défendeur prétend que la Cour ne devrait nommer qu'un candidat dont le nom figure sur la liste proposée par les parties et s'il advenait qu'aucun candidat acceptable ne soit proposé, les parties devraient avoir la possibilité raisonnable de proposer des candidats supplémentaires. À moins d'une limite prévue par la loi comme celle qui est énoncée à l'alinéa 83(1)b) du projet de loi C-3 ou d'une décision qui a force de précédent sur la question, je ne vois pas pourquoi la Cour accepterait une telle limite quant à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il est loisible à la Cour de choisir des avocats indépendants en qui elle peut avoir confiance, qu'ils aient été proposés ou non par les parties.

[40] Cela étant dit, je n'ai eu aucune difficulté à trouver, dans le groupe de candidats proposés, un associé d'un cabinet privé en qui j'ai confiance, qui possède de l'expérience dans les questions de sécurité nationale et qui possède les attestations de sécurité exigées et qui peut participer à la procédure *ex parte* dans les jours à venir.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. M. Leonard M. Shore, c.r., résidant à Ottawa (Ontario) est nommé *amicus curiae* afin d'aider la Cour à préparer les auditions *ex parte* des preuves et des observations soumises au nom du procureur général

the Attorney General of Canada in this application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*;

2. The *amicus curiae* shall have reasonable access to the *ex parte* affidavits filed by the Attorney General of Canada in these proceedings, including attachments, as determined by the Court;

3. The *amicus curiae* may communicate with counsel for the parties in preparation for the *ex parte* hearings;

4. The *amicus curiae* will keep confidential from the applicant, his counsel and any others not participating in the *ex parte* hearings, all confidential information and documents to which the *amicus curiae* has access in this application;

5. The *amicus curiae* will not have any communication with the applicant or counsel for the applicant once he has been granted access to the confidential information and documents, without prior leave of the Court;

6. The *amicus curiae* may participate in the *ex parte* proceedings, may cross-examine the respondent's *ex parte* affiants and witnesses and present written and oral submissions as directed by the Court;

7. The *amicus curiae* may also participate in any *ex parte* proceedings requested by the applicant, as directed by the Court;

8. The *amicus curiae* may attend any public proceedings in respect of this application and may make oral submissions with leave of the Court;

9. The respondent will have the right of reply to any submissions made by the *amicus curiae*; and,

10. The respondent will pay the reasonable fees and disbursements of the *amicus curiae*.

du Canada dans le cadre de la présente demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*;

2. L'*amicus curiae* aura un accès raisonnable aux affidavits *ex parte*, y compris aux pièces jointes, déposés par le procureur général du Canada dans la présente instance, selon ce que la Cour aura décidé;

3. L'*amicus curiae* pourra communiquer avec les avocats des parties au cours de la préparation des audiences *ex parte*;

4. L'*amicus curiae* ne révélera pas au demandeur, à son avocat et à toute autre personne qui ne participe pas aux audiences *ex parte*, les renseignements et les documents confidentiels auxquels il a accès dans le cadre de la présente demande;

5. L'*amicus curiae* ne communiquera pas, sans l'autorisation préalable de la Cour, avec le demandeur ou avec l'avocat de ce dernier une fois qu'on lui aura accordé l'accès à des renseignements et à des documents confidentiels;

6. L'*amicus curiae* pourra participer aux procédures *ex parte*, pourra contre-interroger les auteurs d'affidavit et les témoins *ex parte* du défendeur et pourra formuler des observations écrites et orales, et ce, conformément aux directives de la Cour;

7. L'*amicus curiae* pourra également participer à toute procédure *ex parte* exigée par le demandeur, et ce, conformément aux directives de la Cour;

8. L'*amicus curiae* pourra participer à toute procédure publique tenue en rapport avec la présente demande et pourra formuler des observations orales, et ce, avec la permission de la Cour;

9. Le défendeur aura le droit de répondre à toute observation formulée par l'*amicus curiae*;

10. Le défendeur paiera les honoraires et les débours raisonnables de l'*amicus curiae*.