

DES-3-08  
2008 FC 1216

DES-3-08  
2008 CF 1216

**IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to section 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act (IRPA)*;**

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

**AND IN THE MATTER OF the referral of a certificate to the Federal Court pursuant to section 77(1) of the IRPA;**

**ET le dépôt de ce certificat devant la Cour fédérale en vertu du paragraphe 77(1) de la LIPR;**

**AND IN THE MATTER OF Hassan ALMREI**

**ET Hassan ALMREI**

*INDEXED AS: ALMREI (RE) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : ALMREI (RE) (C.F.)*

Federal Court, Lutfy C.J.—Toronto, September 26 and October 1; Ottawa, November 3, 2008.

Cour fédérale, juge en chef Lutfy—Toronto, 26 septembre et 1<sup>er</sup> octobre; Ottawa, 3 novembre 2008.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Motion challenging requirement under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), ss. 85.4(2), 85.5(b) that communications among special advocates, other persons be authorized by judge on basis violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(b), 7 — In 2008, legislation coming into force introducing special advocates' participation in ministerial certificate proceedings — New certificates referred to Federal Court on basis respondent, interveners (named persons) inadmissible to Canada on security grounds — Because motion supported with little adjudicative facts, evidence, premature to evaluate whether impugned IRPA provisions violating Charter — Under IRPA, s. 85.1(4), information communicated between named persons, special advocates "deemed" protected — However, factual record not establishing every request for authorization to communicate by special advocates necessarily implicating information deemed protected by s. 85.1(4) — Motion dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Requête contestant la règle énoncée aux art. 85.4(2) et 85.5b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la LIPR) selon laquelle les communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes doivent être autorisées par le juge au motif que cette contrainte empiète sur les art. 2b) et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — En 2008, une loi qui officialisait la participation d'avocats spéciaux dans les instances relatives aux certificats ministériels est entrée en vigueur — De nouveaux certificats ont été déposés devant la Cour fédérale au motif que le défendeur et les trois intervenants (les personnes désignées) étaient interdits de territoire au Canada pour raisons de sécurité — Comme la requête s'appuyait sur un nombre restreint de faits en litige ou d'éléments de preuve, il était prématuré de se demander si les dispositions contestées de la LIPR enfreignaient la Charte — Selon l'art. 85.1(4) de la LIPR, toute communication entre la personne désignée et l'avocat spécial est « réputée » être protégée — Cependant, le dossier factuel n'établissait pas que chaque demande d'autorisation de communiquer faite par les avocats spéciaux impliquera nécessairement des renseignements réputés protégés par l'art. 85.1(4) — Requête rejetée.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Right to know case to be met not absolute — Permanent resident, foreign national must be given necessary information or substantial substitute to satisfy s. 7 — IRPA, s. 85.4 requirement special advocates obtain judicial authorization before communicating with named persons, counsel not impermissible intrusion into solicitor-client communications, litigation privilege — Solicitor-client privilege not absolute — Necessity exception of avoiding injury to national security may justify piercing privilege as minimally as possible.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le droit d'une personne de connaître la preuve produite contre elle n'est pas absolu — Il faut soit communiquer au résident permanent ou à l'étranger les renseignements nécessaires, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel pour respecter l'art. 7 — L'obligation de l'avocat spécial, prévue à l'art. 85.4 de la LIPR, d'obtenir l'autorisation du juge avant de communiquer avec la personne désignée ou avec son avocat n'est pas une intrusion illicite dans les communications entre l'avocat et son client et dans le privilège*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Private hearings, restrictions on special advocates to communicate freely infringing open court principle, freedom of expression guaranteed under Charter, s. 2(b) — However, statutory requirement national security confidential information be received in private hearings upheld under s. 1 by Supreme Court of Canada — While issue herein different, burden of proving ability to obtain judicial authorization for communication not minimally impairing s. 2(b) right of named persons, special advocates not satisfied.*

*Construction of Statutes — Parliament presumed to legislate in manner that avoids absurd, unjust consequences — Not intending that Immigration and Refugee Protection Act, ss. 85.4(2), 85.5(b), requiring judicial authorization for communications between special advocates, other persons, prohibit advocates from communicating in certain circumstances.*

This was a motion challenging the requirement, pursuant to subsection 85.4(2) and paragraph 85.5(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), that communications among special advocates and other persons must be authorized by a judge on the basis that it infringes the right to freedom of expression and fundamental justice under paragraph 2(b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In 2008, legislation came into force introducing the participation of special advocates in ministerial certificate proceedings, which are governed by Division 9 of the IRPA. The special advocate's role is to protect the interests of the named person in private hearings. This modification was the result of the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* that the previous IRPA procedures in Division 9 violated section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be saved under section 1 thereof. At the same time as the legislation was introduced, the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship and Immigration signed and referred to the Federal Court new certificates stating that the applicant and the three interveners (collectively the "named persons") were inadmissible to Canada on grounds of security. The respondent (Almrei) asserted that subsection 85.4(2) and paragraph 85.5(b), the impugned provisions, breach the named persons' rights guaranteed under the Charter by denying them

*relatif au litige — Le secret professionnel liant l'avocat et son client n'est pas absolu — La volonté d'éviter une atteinte à la sécurité nationale peut justifier une entorse aussi minimale que possible au privilège.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les audiences à huis clos et les limites à l'aptitude des avocats spéciaux de communiquer librement empiètent sur le principe des audiences publiques et sur la liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte — Cependant, la règle selon laquelle les renseignements confidentiels intéressant la sécurité nationale doivent être reçus dans des audiences à huis clos a été confirmée en vertu de l'article premier par la Cour suprême du Canada — Bien que la question en l'espèce soit nouvelle, la Cour n'a pas été convaincue que la possibilité d'obtenir du juge l'autorisation de communiquer ne portait pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées ou des avocats spéciaux garantis par l'art. 2b) de la Charte.*

*Interprétation des lois — Le Parlement est présumé légiférer d'une manière qui n'entraîne pas de conséquences absurdes ou injustes — Il n'aurait pu vouloir que les art. 85.4(2) et 85.5b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés prévoyant l'autorisation d'un juge avant de pouvoir communiquer empêchent les avocats spéciaux de communiquer avec leurs collègues et d'autres personnes dans certaines circonstances.*

Il s'agissait d'une requête contestant la règle, énoncée au paragraphe 85.4(2) et à l'alinéa 85.5b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR), selon laquelle les communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes doivent être autorisées par le juge au motif que cette contrainte empiète sur la liberté d'expression et sur les principes de justice fondamentale dont parlent l'alinéa 2b) et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En 2008, une loi qui officialisait la participation d'avocats spéciaux dans les instances relatives aux certificats ministériels, qui sont régies par la section 9 de la LIPR, est entrée en vigueur. L'avocat spécial protège, dans les audiences à huis clos, les intérêts de la personne désignée. Cette modification découle de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* portant que les procédures antérieures exposées dans la section 9 enfreignaient l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elles ne pouvaient pas être légitimées par l'article premier de la Charte. Lorsque la loi a été présentée, le ministre de la Sécurité publique et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont signé puis déposé devant la Cour fédérale de nouveaux certificats précisant que le demandeur et les trois intervenants (collectivement, les personnes désignées) étaient interdits de territoire au Canada pour raisons de sécurité. Le défendeur (Almrei) a

a fair hearing, infringing the free speech rights of special advocates and offending the open court principle.

The issue was whether the impugned IRPA provisions violate section 7 and paragraph 2(b) of the Charter.

*Held*, the motion should be dismissed.

The motion was supported with little, if any, adjudicative facts or evidence and was based substantially on legislative facts. It was therefore premature to evaluate whether the impugned provisions, as implemented in the ongoing proceedings, should survive scrutiny under paragraph 2(b) and section 7 of the Charter.

The section 7 Charter right to know the case to be met is not absolute. In order to satisfy section 7, the permanent resident or foreign national must be given the necessary information or a substantial substitute must be found. The evidence in this case was insufficient to determine definitely whether the new provisions constitute a “sufficient substitute” within the meaning of *Charkaoui*.

The requirement that special advocates obtain judicial authorization for communication with the named persons or their counsel is not an impermissible intrusion into solicitor-client communications and the litigation privilege, which also fall under section 7 of the Charter. According to subsection 85.1(3) of the IRPA, the relationship between the special advocate and the named person is not that of solicitor and client. However, under subsection 85.1(4), information communicated between the named persons and the special advocates is “deemed” to be subject to solicitor and client privilege and is therefore deemed protected. Nevertheless, solicitor-client privilege is not absolute. The necessity exception of avoiding injury to national security may justify piercing the privilege in as minimal a way as the circumstances dictate. Furthermore, the factual record was not convincing enough that every request for authorization to communicate by special advocates will necessarily implicate information deemed protected by subsection 85.1(4).

Private hearings as well as the restrictions on the ability of special advocates to communicate freely infringe the open court principle and freedom of expression as guaranteed under paragraph 2(b) of the Charter. However, the statutory requirement that national security confidential information be received in

affirmé que le paragraphe 85.4(2) et l’alinéa 85.5b), les dispositions contestées, portent atteinte aux droits garantis par la Charte aux personnes désignées en leur niant une audience équitable, en portant atteinte à la liberté d’expression des avocats spéciaux et en contrevenant au principe des audiences publiques.

La question litigieuse était celle de savoir si les dispositions contestées de la LIPR contreviennent à l’article 7 et à l’alinéa 2b) de la Charte.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

La requête s’appuyait sur un nombre restreint de faits en litige ou d’éléments de preuve, voire aucun. Elle était, pour l’essentiel, fondée sur des faits législatifs. Il était donc prématuré de se demander si les dispositions contestées, telles qu’elles ont été appliquées dans les instances en cours, devraient survivre à un examen selon l’alinéa 2b) et l’article 7 de la Charte.

Le droit d’une personne, prévu à l’article 7 de la Charte, de connaître la preuve produite contre elle n’est pas absolu. Pour que l’article 7 soit respecté, il faut soit communiquer au résident permanent ou à l’étranger les renseignements nécessaires, soit trouver une autre façon de l’informer pour l’essentiel. La preuve en l’espèce ne suffisait pas à dire d’une manière définitive si les nouvelles dispositions offrent, au sens de l’arrêt *Charkaoui*, une « autre façon d’informer suffisante ».

L’obligation de l’avocat spécial d’obtenir l’autorisation du juge avant de pouvoir communiquer avec la personne désignée ou avec son avocat n’est pas une intrusion illicite dans les communications entre l’avocat et son client et dans le privilège relatif au litige, qui sont aussi visés par l’article 7 de la Charte. Selon le paragraphe 85.1(3) de la LIPR, la relation qui existe entre l’avocat spécial et la personne désignée n’est pas celle qui existe entre un avocat et son client. Cependant, selon le paragraphe 85.1(4), toute communication entre la personne désignée et l’avocat spécial est « réputée » relever du secret professionnel liant l’avocat et son client et est donc réputée être protégée. Néanmoins, le secret professionnel liant l’avocat et son client n’est pas absolu. La volonté d’éviter une atteinte à la sécurité nationale peut justifier une entorse au privilège dans la mesure où elle ne dépasse pas ce qu’exigent les circonstances. Qui plus est, le dossier factuel n’établissait pas que chaque demande d’autorisation de communiquer faite par les avocats spéciaux impliquera nécessairement des renseignements réputés protégés par le paragraphe 85.1(4).

Les audiences à huis clos ainsi que les limites à l’aptitude des avocats spéciaux de communiquer librement empiètent sur le principe des audiences publiques et sur la liberté d’expression qui est garantie par l’alinéa 2b) de la Charte. Cependant, la règle selon laquelle les renseignements confidentiels intéres-

private hearings has been upheld under section 1 by the Supreme Court of Canada. While the issue of communications between special advocates and named persons at issue herein was different, the burden of proving that the ability to obtain judicial authorization for communication does not minimally impair the paragraph 2(b) Charter rights of the named persons or the special advocates was not satisfied. The issue thus remained open pending adjudication with an appropriate factual matrix.

As for the alternative relief sought, there were three factual matters that did not raise constitutional issues and that could be disposed of on the basis of statutory construction. Parliament is presumed to legislate in a way that avoids absurd or unjust consequences. As such, it could not have intended that the impugned provisions would prohibit the special advocates from communicating: with their office staff and colleagues and family members concerning their whereabouts during the proceedings; concerning their administrative support and resources with those officials responsible for their delivery under subsection 85(3) of the IRPA; and between themselves in the same proceeding in a secure manner, after having both received the confidential information.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- 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, 3, 7.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 34.
- Civil Procedure (Amendment No. 2) Rules 2005*, S.I. 2005/656, s. 76.25(3)(d).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 79 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 82.3 (as enacted *idem*), 83(1)(d) (as am. *idem*), 85(1) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 85.1 (as enacted *idem*), 85.2 (enacted *idem*), 85.4 (as enacted *idem*), 85.5 (as enacted *idem*).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

- Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621; (2007), 280 D.L.R. (4th) 32; 219 C.C.C. (3d) 289; 2007 FC 463; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 2002 SCC 75.

sant la sécurité nationale doivent être reçus dans des audiences à huis clos a été confirmée en vertu de l'article premier par la Cour suprême du Canada. Bien que la question des communications entre les avocats spéciaux et les personnes désignées en cause en l'espèce ait été nouvelle, la Cour n'a pas été convaincue que la possibilité d'obtenir du juge l'autorisation de communiquer ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées ou des avocats spéciaux garantis par l'alinéa 2b) de la Charte. Le point est donc resté en suspens jusqu'à présentation d'un contexte factuel approprié.

S'agissant de la réparation subsidiaire sollicitée, trois points de fait ne soulevaient pas de questions constitutionnelles et pouvaient être décidés selon les principes de l'interprétation des lois. Le Parlement est présumé légiférer d'une manière qui n'entraîne pas de conséquences absurdes ou injustes. Ainsi, il n'aurait pu vouloir que les dispositions contestées empêchent les avocats spéciaux de communiquer avec leurs collègues et leurs familles concernant l'endroit où ils se trouvent pendant l'audience, à propos du soutien administratif et des ressources dont ils bénéficient avec les fonctionnaires chargés de les leur procurer selon le paragraphe 85(3) de la LIPR et entre eux dans la même instance d'une manière sécuritaire, après qu'ils ont tous deux reçu les renseignements confidentiels.

#### 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, 3, 7.
- Civil Procedure (Amendment No. 2) Rules 2005*, S.I. 2005/656, art. 76.25(3)(d).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 34.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 79 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 82.3 (édicte, *idem*), 83(1)(d) (mod., *idem*), 85(1) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 85.1 (édicte, *idem*), 85.2 (édicte, *idem*), 85.4 (édicte, *idem*), 85.5 (édicte, *idem*).
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

- Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75.

## CONSIDERED:

*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; 2007 SCC 9; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; (1990), 73 D.L.R. (4th) 686; 43 C.P.C. (2d) 165; 112 N.R. 362; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519; (2002), 168 C.C.C. (3d) 449; 5 C.R. (6th) 203; 2002 SCC 68.

## REFERRED TO:

*Charkoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 2004 FCA 421; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44; (2000), 250 A.R. 314; 182 D.L.R. (4th) 561; 2000 SCC 2; *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458; (2005), 202 C.C.C. (3d) 1; 33 C.R. (6th) 1; 2005 SCC 71; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445; (2001), 195 D.L.R. (4th) 513; 151 C.C.C. (3d) 321; 2001 SCC 14; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 S.C.R. 574; (2008), 294 D.L.R. (4th) 385; 74 Admin. L.R. (4th) 38; 2008 SCC 44; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209; (2002), 312 A.R. 201; 217 Nfld. & P.E.I.R. 183; 2002 SCC 61; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; (1999), 169 D.L.R. (4th) 385; [1999] 8 W.W.R. 364; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248; (2004), 240 D.L.R. (4th) 81; [2005] 2 W.W.R. 605; 2004 SCC 42.

## AUTHORS CITED

Canada. *Proceedings of the Special Senate Committee on Anti-terrorism* (Issue No. 7, June 2, 2008).  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham: LexisNexis Canada, 2008.

MOTION challenging the requirement, pursuant to subsection 85.4(2) and paragraph 85.5(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, that communications among special advocates and other persons must be authorized by a judge on the basis that it violates paragraph 2(b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Motion dismissed.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; 2002 CSC 68.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44; 2000 CSC 2; *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458; 2005 CSC 71; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445; 2001 CSC 14; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574; 2008 CSC 44; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209; 2002 CSC 61; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248; 2004 CSC 42.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur l'antiterrorisme* (fascicule n°7, 2 juin 2008).  
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham : LexisNexis Canada, 2008.

REQUÊTE contestant la règle, énoncée au paragraphe 85.4(2) et à l'alinéa 85.5b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, selon laquelle les communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes doivent être autorisées par un juge au motif que cette contrainte empiète sur l'alinéa 2b) et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Requête rejetée.

## APPEARANCES:

*Marianne Zoric and Alexis Singer* for applicant.  
*Lorne Waldman* for respondent.  
*Barbara L. Jackman, Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver, Matthew C. Webber and Norman D. Boxall* for interveners.  
*John R. Norris and Anil K. S. Kapoor* as special advocates.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Waldman & Associates*, Toronto, for respondent.  
*Jackman & Associates*, Toronto, *Marlys Edwardh, Barristers Professional Corporation*, Toronto, *Anil K. S. Kapoor*, Toronto, *Webber Schroeder*, Ottawa, and *Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, for interveners.  
*John R. Norris and Anil K. S. Kapoor*, Toronto, as special advocates.

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

[1] LUTFY C.J.: Special advocates may only communicate with another person about a ministerial certificate proceeding with a judge's authorization. These are my reasons for concluding that the constitutional challenge of this requirement, without an appropriate factual matrix, is premature. However, certain issues raised in this motion will be answered on the basis of statutory construction.

### Procedural Background

[2] The moving party, Hassan Almrei, and three interveners, Mohamed Zaki Majoub, Mahamoud Jaballah and Mohamed Harkat, challenge the requirement that communications among special advocates and other persons, in particular themselves and their counsel, must be authorized by the judge. In their view, this constraint unjustifiably infringes their rights to freedom of expression and fundamental justice under paragraph 2(b) and section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B,

## ONT COMPARU :

*Marianne Zoric et Alexis Singer* pour le demandeur.  
*Lorne Waldman* pour le défendeur.  
*Barbara L. Jackman, Marlys A. Edwardh, Adriel Weaver, Matthew C. Webber et Norman D. Boxall* pour les intervenants.  
*John R. Norris et Anil K. S. Kapoor* à titre d'avocats spéciaux.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Waldman & Associates*, Toronto, pour le défendeur.  
*Jackman & Associates*, Toronto, *Marlys Edwardh, Barristers Professional Corporation*, Toronto, *Anil K. S. Kapoor*, Toronto, *Webber Schroeder*, Ottawa, et *Bayne, Sellar, Boxall*, Ottawa, pour les intervenants.  
*John R. Norris et Anil K. S. Kapoor*, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.

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

[1] LE JUGE EN CHEF LUTFY : C'est uniquement avec l'autorisation d'un juge que les avocats spéciaux peuvent communiquer avec une autre personne sur une instance relative à un certificat ministériel. J'expose ci-après les motifs qui m'amènent à conclure que la contestation constitutionnelle de cette exigence, sans un contexte factuel adéquat, est prématurée. Cependant, il sera répondu selon les principes de l'interprétation des lois à certaines des questions soulevées dans la présente requête.

### L'historique de la procédure

[2] La partie requérante, Hassan Almrei, et trois intervenants, Mohamed Zaki Majoub, Mahamoud Jaballah et Mohamed Harkat, contestent la règle selon laquelle les communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes, et en particulier eux-mêmes et leurs avocats, doivent être autorisées par le juge. D'après eux, cette contrainte empiète d'une manière injustifiable sur leur liberté d'expression et sur les principes de justice fondamentale dont parlent l'alinéa 2b) et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie

*Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (Charter).

[3] On February 22, 2008, legislation came into force introducing the participation of special advocates in ministerial certificate proceedings. These proceedings are governed by Division 9 [of Part 1] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA).

[4] One year earlier, in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui*), the Supreme Court of Canada declared that the previous procedures in Division 9 did not conform with the principles of fundamental justice as embodied in section 7 of the Charter and, furthermore, could not be saved under section 1 of the Charter because they did not minimally impair the rights of non-citizens (at paragraphs 65, 69 and 139).

[5] Also, on February 22, 2008, the Minister of Public Safety and the Minister of Citizenship and Immigration (the Ministers) signed and referred to the Federal Court new certificates stating that Messrs. Almrei, Mahjoub, Jaballah and Harkat were inadmissible to Canada on grounds of security. A fifth ministerial certificate was issued against Adil Charkaoui who chose not to intervene in this constitutional challenge.

[6] From late February through June 2008, there were some six common case management conferences in the five current certificate proceedings. In early April, possible conflicts of interests in the appointment of special advocates were resolved by Justice Edmond Blanchard. On May 6, 2008, a presiding judge was designated in each proceeding. In early July, Justice James K. Hugessen presided over a successful mediation concerning a motion to secure additional funding for counsel.

[7] By mid-June 2008, two special advocates had been appointed in each of the relevant proceedings. At the same time, scheduling orders were issued which, generally speaking, allowed the special advocates to review

I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte).

[3] Le 22 février 2008, entré en vigueur une loi qui officialisait la participation d'avocats spéciaux dans les instances relatives aux certificats ministériels. Ces instances sont régies par la section 9 [de la partie 1] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[4] Un an auparavant, dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 (l'arrêt *Charkaoui*), la Cour suprême du Canada jugeait que les procédures antérieures exposées dans la section 9 n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale dont parle l'article 7 de la Charte et qu'elles ne pouvaient non plus être légitimées par l'article premier de la Charte parce qu'elles ne portaient pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens (aux paragraphes 65, 69 et 139).

[5] En outre, le 22 février 2008, le ministre de la Sécurité publique et le Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (les ministres) signaient, puis déposaient devant la Cour fédérale, de nouveaux certificats précisant que MM. Almrei, Mahjoub, Jaballah et Harkat étaient interdits de territoire pour raisons de sécurité. Un cinquième certificat ministériel fut délivré à l'encontre d'Adil Charkaoui, qui a décidé de ne pas intervenir dans la présente contestation constitutionnelle.

[6] De la fin de février jusqu'en juin 2008, il y a eu, en marge des cinq certificats délivrés, quelque six conférences communes de gestion de l'instance. Au début d'avril, de possibles conflits d'intérêts portant sur la nomination d'avocats spéciaux ont été résolus par le juge Edmond Blanchard. Le 6 mai 2008, un juge fut désigné pour présider chacune des instances. Au début de juillet, le juge James K. Hugessen a présidé une médiation fructueuse portant sur une demande de fonds additionnels pour les avocats.

[7] À la mi-juin 2008, deux avocats spéciaux avaient été nommés dans chacune des instances concernées. Simultanément, des ordonnances de planification furent rendues, qui de façon générale autorisaient les avocats

the confidential information during the summer months. The private and public hearings commenced at various times in September and October 2008.

[8] On July 22, 2008, Mr. Almrei filed his motion record in support of this constitutional challenge (the constitutional motion). The responding motion records of the Ministers and Messrs. Jaballah and Majoub (upon which Mr. Harkat also relies) were filed in a timely fashion. Special advocates were authorized to make written and oral submissions solely for the purposes of the constitutional motion, without determining their role in future open proceedings. Oral submissions were received on September 26 and October 1, 2008.

[9] None of the parties questioned the jurisdiction of a designated judge to determine this constitutional motion: *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.), at paragraphs 21-62. Also, it was appropriate and just to treat this motion as part of Mr. Almrei's designated proceeding without initiating a separate court file: *Charkaoui (Re)*, at paragraph 58. The three interveners agreed to be bound by this decision subject to whatever appellate review might be applicable. As one of two case management judges, I undertook to hear the constitutional motion as expeditiously as was fair to all the parties.

### The Legislative Provisions

[10] This constitutional motion implicates two sections of the Charter:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

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

...

spéciaux à examiner les renseignements confidentiels au cours des mois d'été. Les audiences à huis clos et audiences publiques ont débuté à diverses dates, en septembre et octobre 2008.

[8] Le 22 juillet 2008, M. Almrei a déposé son dossier de requête au soutien de la présente contestation constitutionnelle (la requête constitutionnelle). Les ministres et MM. Jaballah et Majoub (auxquels s'en remet également M. Harkat) ont déposé rapidement leurs dossiers de réponse à la requête. Les avocats spéciaux ont été autorisés à présenter des conclusions écrites et orales uniquement aux fins de la requête constitutionnelle, sans que soit déterminé leur rôle dans de futures audiences publiques. Les conclusions orales ont été reçues le 26 septembre et le 1<sup>er</sup> octobre 2008.

[9] Aucune des parties n'a mis en doute le pouvoir d'un juge désigné de statuer sur la présente requête constitutionnelle : *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.), aux paragraphes 21 à 62. Il était en outre opportun et juste de traiter la présente requête comme partie de l'instance désignée de M. Almrei, sans que soit ouvert un nouveau dossier d'instruction : *Charkaoui (Re)*, au paragraphe 58. Les trois intervenants ont accepté d'être liés par cette décision, sous réserve des examens en appel dont ils pourraient se prévaloir. En tant que l'un des deux juges responsables de la gestion de l'instance, j'ai entrepris d'instruire la requête constitutionnelle aussi diligemment que possible pour l'avantage de toutes les parties.

### Les dispositions constitutionnelles

[10] La présente requête constitutionnelle fait intervenir deux articles de la Charte :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

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

[...]



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

[11] The two impugned provisions, which require the judicial authorization for certain communications of the special advocates, are subsection 85.4(2) [as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4] and paragraph 85.5(b) [as enacted *idem*] in Division 9 of the IRPA.

[12] According to subsection 85.4(1) [as enacted *idem*], the special advocate receives all information and other evidence that is not disclosed (the confidential information) to the permanent resident or foreign national (the named person). In these reasons, the moving party, Mr. Almrei, and the three interveners will be referred to collectively as the “named persons”.

[13] Pursuant to subsection 85.4(2), after having received the confidential information, special advocates may only communicate (i) with another person; (ii) about the proceeding; and (iii) with a judge’s authorization. It is the breadth of these three key components of the provision that is of concern to the named persons, their counsel and the special advocates.

[14] The prohibition against communication absent judicial authorization is reiterated in section 85.5 [s. 85.5(a) (as enacted *idem*)] for all persons, not only special advocates, apparently for a period beyond the “remainder of the proceeding,” the duration stated in subsection 85.4(2).

[15] There are two apparent differences between the impugned provisions. Firstly, the prohibition against communications in subsection 85.4(2) is directed solely to the special advocates. In contrast, the prohibition in section 85.5 extends to all persons with access to confidential information. Secondly, the prohibition in section 85.5 is permanent or, in the words of the clause-by-clause notes “during the proceeding or any time afterwards”. Consistent with the apparent permanency of the prohibition is the ability of “a judge” (*tout juge*), not only the presiding judge, to authorize communication of the confidential information.

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

[11] Les deux dispositions contestées, selon lesquelles certaines communications des avocats spéciaux doivent être autorisées par un juge, sont le paragraphe 85.4(2) [édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] et l’alinéa 85.5(b) [édicte, *idem*] de la section 9 de la LIPR.

[12] Selon le paragraphe 85.4(1) [édicte, *idem*], l’avocat spécial reçoit tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ne sont pas communiqués (les renseignements confidentiels) au résident permanent ou à l’étranger (la personne désignée). Dans les présents motifs, la partie requérante, M. Almrei, et les trois intervenants, seront appelés collectivement les « personnes désignées ».

[13] Selon le paragraphe 85.4(2), après avoir reçu les renseignements confidentiels, l’avocat spécial ne peut communiquer i) avec qui que ce soit, ii) au sujet de l’instance, iii) si ce n’est avec l’autorisation d’un juge. C’est la portée de ces trois éléments de la disposition qui préoccupe les personnes désignées, leurs avocats et les avocats spéciaux.

[14] L’interdiction de communiquer sans autorisation du juge est réaffirmée dans l’article 85.5 [art. 85.5(a) (édicte, *idem*)] pour toute personne, pas seulement pour l’avocat spécial, et cela, en apparence durant une période qui va au-delà de la « fin de l’instance, » la durée indiquée au paragraphe 85.4(2).

[15] Il y a entre les dispositions contestées deux différences évidentes. D’abord, l’interdiction de communiquer qui est énoncée au paragraphe 85.4(2) s’adresse uniquement à l’avocat spécial. En revanche, l’interdiction énoncée à l’article 85.5 s’étend à quiconque détient des renseignements confidentiels. Deuxièmement, l’interdiction énoncée à l’article 85.5 est applicable en permanence ou, selon les mots employés dans les notes article par article, [TRADUCTION] « durant l’instance ou à tout moment par la suite ». En accord avec la permanence apparente de l’interdiction, « tout juge » (*a judge*), et pas seulement le juge qui préside l’instance, a le pouvoir d’autoriser la communication des renseignements confidentiels.

[16] Subsection 85.4(2) prevents the special advocates from communicating “about the proceeding”. Collaterally, this prohibition covers all information about the proceeding from both public and private sessions, including any testimony given in the absence of the public and the named person and their counsel. While I am comfortable with this view, this issue was neither expressly raised nor fully argued.

[17] Sections 85.4 and 85.5 read as follows:

**85.4** (1) The Minister shall, within a period set by the judge, provide the special advocate with a copy of all information and other evidence that is provided to the judge but that is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) After that information or other evidence is received by the special advocate, the special advocate may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge’s authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate.

...

**85.5** With the exception of communications authorized by a judge, no person shall

(a) disclose information or other evidence that is disclosed to them under section 85.4 and that is treated as confidential by the judge presiding at the proceeding; or

(b) communicate with another person about the content of any part of a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 that is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel. [Emphasis added.]

### The Constitutional Issues

[18] The constitutional motion raises questions that have been presented as legal and factual issues.

[19] The principal relief sought is straightforward. Mr. Almrei asserts that the impugned provisions deny the named persons a fair hearing, infringes the free speech rights of special advocates, and offends the open court

[16] Le paragraphe 85.4(2) interdit à l’avocat spécial de communiquer « au sujet de l’instance ». Accessoirement, cette interdiction englobe tous les renseignements relatifs à l’instance qui sont issus des audiences publiques ou à huis clos, notamment tout témoignage produit en l’absence du public, de la personne désignée et de son avocat. Ce point de vue ne me cause pas de difficultés, mais la question n’a pas été explicitement soulevée, ni entièrement plaidée.

[17] Les articles 85.4 et 85.5 sont ainsi formulés :

**85.4** (1) Il incombe au ministre de fournir à l’avocat spécial, dans le délai fixé par le juge, copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge, mais qui n’ont été communiqués ni à l’intéressé ni à son conseil.

(2) Entre le moment où il reçoit les renseignements et autres éléments de preuve et la fin de l’instance, l’avocat spécial ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l’instance si ce n’est avec l’autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées.

[...]

**85.5** Sauf à l’égard des communications autorisées par tout juge, il est interdit à quiconque :

a) de divulguer des renseignements et autres éléments de preuve qui lui sont communiqués au titre de l’article 85.4 et dont la confidentialité est garantie par le juge présidant l’instance;

b) de communiquer avec toute personne relativement au contenu de tout ou partie d’une audience tenue à huis clos et en l’absence de l’intéressé et de son conseil dans le cadre d’une instance visée à l’un des articles 78 et 82 à 82.2. [Non souligné dans l’original.]

### Les questions constitutionnelles

[18] La requête constitutionnelle soulève des questions qui ont été présentées en tant que questions de droit et de fait.

[19] La principale réparation sollicitée est simple. M. Almrei affirme que les dispositions contestées nient aux personnes désignées une audience équitable, portent atteinte à la liberté d’expression des avocats spéciaux et

principle. These infringements, says Mr. Almrei, are not minimally impairing and, therefore, the impugned provisions must be read down. The interveners assert that the impugned provisions must be struck down or, in the alternative, read down.

[20] For Mr. Almrei, the requirement in subsection 85.4(2) that judicial authorization be obtained by the special advocates prior to any of their communications “about the proceedings” should be confined to communications “about the confidential information or evidence”. Mr. Almrei also urges that paragraph 85.5(b) should be read to include the same closing words as found in paragraph 85.5(a): “and that is treated as confidential by the judge ... at the proceeding”.

[21] The interveners would read down the impugned provisions differently. They would limit the necessity for judicial authorization in both subsection 85.4(2) and paragraph 85.5(b) to those communications where a special advocate believes there is a risk of disclosing confidential information. The interveners also argue that any application by a special advocate for judicial authorization to communicate be made (a) *ex parte* or, in other words, in the absence of counsel for the Ministers; and (b) before a judge other than the presiding judge.

#### Adjudicative and Legislative Facts in Charter Claims

[22] Courts of first instance should be prudent before declaring unconstitutional newly enacted legislation.

[23] A factual foundation is generally to be preferred before determining constitutional validity: *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.) (*Khawaja*), at paragraphs 26-27:

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

contreviennent au principe des audiences publiques. Ces empiétements, de dire M. Almrei, ne sont pas des atteintes minimales, et les dispositions contestées doivent donc recevoir une interprétation atténuée. Les intervenants affirment que les dispositions contestées doivent être invalidées ou, subsidiairement, recevoir une interprétation atténuée.

[20] Pour M. Almrei, l’obligation énoncée au paragraphe 85.4(2), selon laquelle une autorisation du juge doit être obtenue par l’avocat spécial avant qu’il puisse communiquer « au sujet de l’instance », devrait se limiter aux communications [TRADUCTION] « portant sur les renseignements ou éléments de preuve confidentiels ». M. Almrei affirme aussi que l’alinéa 85.5(b) devrait être interprété de manière à englober les mots qui apparaissent à la fin de l’alinéa 85.5(a) : « et dont la confidentialité est garantie par le juge présidant l’instance ».

[21] Les intervenants donneraient aux dispositions contestées une interprétation atténuée différente. Ils limiteraient la nécessité d’obtenir l’autorisation du juge, tant pour le paragraphe 85.4(2) que pour l’alinéa 85.5(b), aux communications pour lesquelles un avocat spécial croit qu’il y a un risque de divulgation de renseignements confidentiels. Les intervenants font aussi valoir que l’avocat spécial qui souhaite communiquer et être autorisé à cette fin doit présenter sa demande a) *ex parte*, autrement dit en l’absence de l’avocat des ministres; b) à un juge autre que le juge présidant l’instance.

#### Les faits en litige et les faits législatifs intéressant les allégations fondées sur la Charte

[22] Les juridictions de première instance doivent se montrer prudentes avant de déclarer inconstitutionnelle une nouvelle disposition légale.

[23] Il faut en général disposer d’un fondement factuel avant de statuer sur la validité constitutionnelle d’une disposition : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.) (décision *Khawaja*), aux paragraphes 26 et 27 :

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

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

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

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

[24] The distinction between adjudicative and legislative facts was outlined by Justice Sopinka in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at page 1099:

Adjudicative facts are those that concern the immediate parties: ... “who did what, where, when, how and with what motive or intent ....” Such facts are specific, and must be proved by admissible evidence. Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements. [Internal citations omitted.]

(See also *Public School Boards’ Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [2000] 1 S.C.R. 44, at paragraph 4; *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458, at paragraphs 56-60.)

[25] The only evidence presented in this motion has been by way of affidavit.

[26] The dismay and anxiety expressed by the named persons in their affidavits may be understandable but, otherwise, their evidence is at best speculative.

[27] Affidavits were also provided by two senior practitioners experienced in dealing with national security information in other fora. Both acknowledge not to have participated in Division 9 proceedings until their current involvement as special advocates. Some of the concerns expressed in their affidavits of July 2008 will be reviewed in these reasons. More importantly, others have been resolved in orders made by the judges presiding over the

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

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

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

[24] La distinction entre faits en litige et faits législatifs a été exposée par le juge Sopinka dans l’arrêt *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la page 1099 :

Les faits en litige sont ceux qui concernent les parties au litige : [...] [TRADUCTION] « qui a fait quoi, où, quand, comment et dans quelle intention ... » Ces faits sont précis et doivent être établis par des éléments de preuve recevables. Les faits législatifs sont ceux qui établissent l’objet et l’historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères. [Renvois omis.]

(Voir aussi l’arrêt *Public School Boards’ Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [2000] 1 R.C.S. 44, au paragraphe 4 et l’arrêt *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458, aux paragraphes 56 à 60.)

[25] L’unique preuve produite dans la présente requête l’a été par affidavit.

[26] La consternation et l’inquiétude exprimées dans leurs affidavits par les personnes désignées sont sans doute compréhensibles, mais, par ailleurs, les preuves qu’elles ont produites sont au mieux des conjectures.

[27] Des affidavits ont également été produits par deux avocats d’expérience connaissant bien la manière dont sont traités dans d’autres tribunes les renseignements portant sur la sécurité nationale. Tous deux admettent ne pas avoir pris part à des procédures relevant de la section 9 jusqu’à ce qu’ils exercent leur rôle actuel en tant qu’avocats spéciaux. Certains des doutes exprimés dans leurs affidavits de juillet 2008 seront examinés dans les

proceedings since the affidavits were filed. This supports my view that the affidavit assertions of the special advocates, like those of the named persons, are also speculative.

[28] A third practitioner, with extensive experience as defense counsel in criminal matters, produced affidavit evidence. He emphasized the importance of open communication with his clients throughout their proceedings. However, his evidence does not take into account the national security context of Division 9 proceedings. Nor does it envisage the flexibility that may be open to designated judges under the rules currently governing Division 9 proceedings.

[29] A university law professor, specializing in national security and democratic governance, provided an affidavit summarizing his interview with a government official involved in the administration of the special advocate system in the United Kingdom. The first-hand evidence of the foreign official, even if at all relevant, would have been preferable. The professor's statements concerning the Security Intelligence Review Committee, to the extent they dealt with domestic law, are well within the purview of the Federal Court.

[30] In the end, this constitutional motion is supported with little, if any, adjudicative facts or evidence. As acknowledged by counsel, the motion is substantially based on legislative facts or, in their words, constitutes a "facial constitutional challenge" of the impugned provisions in the new legislation.

[31] No case law since *Mills* [R. v. *Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668] has been identified by counsel where legislation has been struck down only on the basis of legislative facts.

présents motifs. Aspect plus important, d'autres doutes ont été dissipés dans des ordonnances rendues par les juges ayant présidé les instances depuis le dépôt des affidavits. Cela conforte mon idée selon laquelle les affirmations contenues dans les affidavits des avocats spéciaux, tout comme les affirmations des personnes désignées, sont elles aussi fondées sur des conjectures.

[28] Un troisième avocat, qui a souvent agi comme avocat de la défense dans des procès criminels, a produit une preuve par affidavit. Il a souligné l'importance d'une communication franche avec ses clients tout au long de l'instance les concernant. Cependant, son témoignage ne prend pas en compte le contexte d'une instance dont parle la section 9, un contexte marqué par l'impératif de sécurité nationale. Il fait abstraction également de la souplesse qui est offerte aux juges désignés, d'après les règles régissant actuellement les instances relevant de la section 9.

[29] Un professeur de droit qui enseigne à l'université, spécialisé dans les questions de sécurité nationale et de gouvernance démocratique, a produit un affidavit résumant son entretien avec un fonctionnaire s'occupant de l'administration du système des avocats spéciaux appliqué au Royaume-Uni. Le témoignage original du fonctionnaire en question, si tant est qu'il fût pertinent, eût été préférable. Les déclarations du professeur concernant le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, dans la mesure où elles portaient sur le droit interne, ressortissent parfaitement à la Cour fédérale.

[30] Finalement, la présente requête constitutionnelle s'appuie sur un nombre restreint de faits en litige ou d'éléments de preuve, voire aucun. Comme l'ont reconnu les avocats, la requête est pour l'essentiel fondée sur des faits législatifs ou, pour reprendre les mots qu'ils ont employés, elle constitue une [TRADUCTION] « contestation constitutionnelle apparente » des dispositions contestées du nouveau texte.

[31] Les avocats n'ont signalé aucune jurisprudence postérieure à l'arrêt *Mills* [R. c. *Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668] où une loi avait été radiée uniquement sur le fondement de faits législatifs.

[32] In *Charkaoui*, the certificates concerning Mr. Almrei and Mr. Harkat had been determined to be reasonable when the matter reached the Supreme Court of Canada. No such determination had been made with respect to Mr. Charkaoui because of a statutory stay under the previous scheme. More significantly, extensive portions of the record of the private hearings from Mr. Almrei's proceeding were filed in the Supreme Court of Canada. The Court described the "active" and "non-deferential" role of designated judges, their assiduous work and "their best efforts ... to breathe judicial life" in Division 9 proceedings: *Charkaoui*, at paragraphs 38, 39, 42, 51 and 65.

[33] In *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519 (*Sauvé*), legislation limiting a prisoner's right to vote under section 3 of the Charter was determined to be unconstitutional after a ten-day hearing, consisting principally of the evidence of several expert witnesses. Two of the individual plaintiffs also testified. The Supreme Court determined that the factual record was sufficient to resolve the section 1 issues in that case.

[34] The level of adjudicative facts necessary to evaluate constitutional claims will vary. I expect that assessing section 7 Charter claims will necessitate a greater degree of adjudicative facts, particularly when the alleged infringement concerns the effects on procedural rights protected by the principles of fundamental justice. Here, the affidavit evidence is of limited assistance.

[35] There may very well be cases where the impairment of a Charter right is obvious on the face of an impugned legislative provision. For example, in *Sauvé*, there was little dispute that denying prisoners who are Canadian citizens the right to vote infringed their rights under section 3 of the Charter. In such cases, the need for adjudicative facts may be minimal.

[36] In contrast, *Charkaoui* involved assessing the effects of Division 9 of the IRPA on the procedural rights

[32] Dans l'arrêt *Charkaoui*, les certificats concernant M. Almrei et M. Harkat avaient été jugés raisonnables lorsque l'affaire avait été portée devant la Cour suprême du Canada. Aucune décision du genre n'avait été rendue à l'égard de M. Charkaoui, en raison d'un sursis prononcé en vertu du régime antérieur. Qui plus est, d'importantes portions du dossier des audiences à huis clos issu de la procédure concernant M. Almrei avaient été déposées devant la Cour suprême du Canada. La Cour suprême évoquait le rôle « actif » du juge désigné, un rôle « qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue », son travail acharné, ainsi que les « efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire » aux procédures relevant de la section 9 : arrêt *Charkaoui*, aux paragraphes 38, 39, 42, 51 et 65.

[33] Dans l'arrêt *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 (l'arrêt *Sauvé*), une loi qui limitait le droit de vote d'un détenu, un droit garanti par l'article 3 de la Charte, fut jugée inconstitutionnelle après une audience de dix jours, qui avait consisté principalement dans les dépositions de plusieurs témoins experts. Deux des demandeurs avaient aussi témoigné. La Cour suprême a jugé que le dossier factuel suffisait, dans cette affaire-là, à décider les points relevant de l'article premier.

[34] Le niveau des faits en litige qui est nécessaire pour l'évaluation de prétentions constitutionnelles variera. J'imagine que l'appréciation de prétentions intéressant l'article 7 de la Charte nécessitera un niveau plus élevé de faits en litige, surtout si la présumée atteinte concerne les effets sur des droits procéduraux protégés par les principes de justice fondamentale. Ici, la preuve par affidavit est d'une aide restreinte.

[35] Il peut fort bien y avoir des cas où l'atteinte à un droit garanti par la Charte est évidente à la seule lecture de la disposition légale contestée. Par exemple, dans l'arrêt *Sauvé*, il n'y avait guère de doute que le fait de nier à des détenus qui sont citoyens canadiens le droit de vote empiétait sur leurs droits garantis par l'article 3 de la Charte. Dans de tels cas, la nécessité de faits en litige est sans doute minime.

[36] En revanche, dans l'arrêt *Charkaoui*, il s'agissait d'évaluer les effets de la section 9 de la LIPR sur les droits

of persons subject to certificate proceedings. As noted above, in reaching its decision, the Supreme Court had the benefit of adjudicative facts from Mr. Almrei's proceeding. The adjudicative facts in *Charkaoui*, which appear to me to be more than those presented in this constitutional motion, allowed the Supreme Court to resolve the section 7 issues before it.

[37] This constitutional motion, particularly in respect of section 7 of the Charter, is premised on the argument that the alleged constitutional defects of sections 85.4 and 85.5 are obvious on their face. However, the position of the named persons is speculative concerning decisions yet to be made and the resulting effects on their rights.

#### The Section 7 Issues

##### The Existence of a Substantial Substitute

[38] In relying on *Charkaoui*, Mr. Almrei takes the position that any ministerial certificate proceeding that allows for private hearings, without the full disclosure of evidence to the named person, necessarily infringes section 7 and can only be saved by section 1. As there is substantially no section 1 evidence in this proceeding, Mr. Almrei argues, this constitutional motion must succeed. In his view, the current scheme does not afford the named persons their right to know the case to be met.

[39] The right to know the case to be met is not absolute. In order to satisfy section 7, the named person must be given the necessary information or a substantial substitute must be found: *Charkaoui*, at paragraph 61; *Khawaja*, at paragraph 35.

[40] Counsel for the Ministers submit that the new provisions afford the substantial substitute. In addition

procéduraux de personnes visées par des certificats. Comme je l'écrivais plus haut, pour arriver à sa décision, la Cour suprême avait l'avantage de disposer de faits en litige issus de la procédure intéressant M. Almrei. Les faits en litige dans l'arrêt *Charkaoui*, qui m'apparaissent aller au-delà des faits présentés dans la présente requête constitutionnelle, ont permis à la Cour suprême de régler les questions qui lui furent soumises au regard de l'article 7.

[37] La présente requête constitutionnelle, en particulier pour ce qui concerne l'article 7 de la Charte, repose sur l'argument selon lequel les lacunes constitutionnelles alléguées des articles 85.4 et 85.5 apparaissent d'emblée. Cependant, la position des personnes désignées repose sur des conjectures en ce qui concerne des décisions devant encore être prises et les effets de telles décisions sur leurs droits.

#### Les questions relatives à l'article 7

##### L'existence d'une autre façon d'informer pour l'essentiel

[38] Invoquant l'arrêt *Charkaoui*, M. Almrei est d'avis que toute procédure en matière de certificat ministériel qui prévoit des audiences à huis clos, sans que la preuve soit pleinement communiquée à la personne désignée, contrevient nécessairement à l'article 7 et ne peut être validée que par l'article premier. Comme il n'y a, dans la présente instance, à peu près pas de preuves autorisant l'application de l'article premier, d'affirmer M. Almrei, cette requête constitutionnelle doit être accueillie. Selon lui, le régime actuel ne respecte pas le droit des personnes désignées de connaître la preuve produite contre elles.

[39] Le droit d'une personne de connaître la preuve produite contre elle n'est pas absolu. Pour que l'article 7 soit respecté, il faut soit communiquer à la personne désignée les renseignements nécessaires, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel : arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 61; décision *Khawaja*, au paragraphe 35.

[40] L'avocat des ministres dit que les nouvelles dispositions offrent cette autre façon d'informer pour l'essen-

to the protections available under the old scheme, the special advocates appointed to protect the interests of the named persons have access to the confidential information that forms the basis for a ministerial certificate. The special advocates participate in the private hearings and, with judicial supervision, may also communicate with the named persons and their counsel. With the judge's authorization, they may exercise any other powers that are necessary to protect the interests of the named persons.

[41] The evidence before me in this constitutional motion is insufficient to determine definitively whether the new provisions constitute a "sufficient substitute" within the meaning of *Charkaoui*. I am satisfied it would be premature for me to conclude, absent an appropriate factual matrix, whether the new provisions violate Mr. Almrei's section 7 rights.

[42] There is one aspect of Mr. Almrei's submissions I want to address at greater length.

[43] An important aspect of Mr. Almrei's argument against the impugned provisions is his reliance on what he characterizes as the free flow of information between counsel for the Security Intelligence Review Committee (SIRC or the Review Committee) and the complainant. For Mr. Almrei, the "SIRC model" is an answer to the alleged constitutional deficiencies in the impugned provisions.

[44] SIRC counsel, at all times, acts on behalf of the Review Committee: *Khawaja*, at paragraph 56.

[45] In recent testimony before the Special Senate Committee on Anti-terrorism, the Review Committee's executive director corrected a common misapprehension that SIRC counsel is a special advocate: *Proceedings*, June 2, 2008, Issue No. 7, at pages 5, 7-8:

I will clarify certain terminology that has been used regarding the SIRC model. There is no special advocate, no special counsel and no independent counsel involved in our process.

tiel la personne désignée. Outre les protections offertes par l'ancien régime, les avocats spéciaux nommés pour protéger les intérêts des personnes désignées ont accès aux renseignements confidentiels qui sont à l'origine d'un certificat ministériel. Les avocats spéciaux participent aux audiences à huis clos et, sous surveillance judiciaire, ils peuvent aussi communiquer avec les personnes désignées et leurs avocats. Avec l'autorisation du juge, ils peuvent exercer les autres pouvoirs qui sont nécessaires pour protéger les intérêts des personnes désignées.

[41] La preuve que j'ai devant moi, dans le cadre de la présente requête constitutionnelle, ne suffit pas à dire d'une manière définitive si les nouvelles dispositions offrent, au sens de l'arrêt *Charkaoui*, « une autre façon d'informer suffisante ». Je suis d'avis qu'il serait prématuré pour moi de dire, sans un contexte factuel suffisant, si les nouvelles dispositions portent ou non atteinte aux droits garantis à M. Almrei par l'article 7.

[42] Il y a un aspect des observations de M. Almrei sur lequel je voudrais m'attarder.

[43] Un aspect notable de l'argument de M. Almrei à l'encontre des dispositions contestées est l'importance qu'il accorde à ce qu'il appelle la libre circulation de l'information entre, d'une part, l'avocat du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (le CSARS ou le Comité de surveillance) et, d'autre part, le plaignant. Pour M. Almrei, le « modèle du CSARS » est une réponse aux lacunes constitutionnelles alléguées des dispositions contestées.

[44] L'avocat du CSARS, en tout temps, agit pour le compte du Comité de surveillance : décision *Khawaja*, au paragraphe 56.

[45] Lors d'un récent témoignage devant le Comité sénatorial spécial sur l'antiterrorisme, le directeur exécutif du Comité de surveillance a corrigé l'idée répandue selon laquelle l'avocat du CSARS est un avocat spécial : *Délibérations*, 2 juin 2008, fascicule n° 7, aux pages 5, 7 et 8 :

Je voudrais pour commencer tirer au clair certains termes qui ont été employés à propos du modèle du CSARS. Il n'y a pas d'avocat spécial, pas de conseiller spécial, pas de conseiller indépendant qui intervienne dans notre processus.



...

... SIRC counsel must be independent of both government as represented by CSIS ... and the complainant.

For greater clarity, SIRC's counsel is not an advocate for the complainant. [Emphasis added.]

SIRC counsel includes legal agents retained from the private sector and in-house counsel.

[46] SIRC counsel, acting for the Review Committee, assists the presiding member in advancing the interests of a complainant in private hearings, much as any decision maker must be concerned with fairness for each party. Here, my comments focus on the role of SIRC counsel generally, without distinction between ministerial certificate cases and the Review Committee's current workload.

[47] SIRC outside counsel receives instructions from the presiding member of the Review Committee and from in-house counsel. Communications between SIRC counsel and the complainant is under the explicit or implicit authority of the Review Committee member. The presiding member's function as the filter or authority for communications is analogous, though not identical, to the supervisory role of the presiding judge under Division 9 of the IPRA. The so-called "free flow" of information between SIRC counsel and the complainant is circumscribed as it has to be.

[48] In *Charkaoui*, the Supreme Court called for an independent agent to review objectively confidential information with a view to protecting the interests of the named persons (at paragraphs 3 and 86).

[49] The special advocate is independent of the court, unlike the relationship between SIRC counsel and the Review Committee. This independence not only imposes fewer constraints on the special advocates, but charges them with potentially greater obligations in protecting the interests of a named person, without being the latter's solicitor.

[...]

[...] l'avocat du [CSARS] doit être indépendant du gouvernement, représenté par le SCRS [...] et du plaignant.

Pour plus de clarté, disons que l'avocat du CSARS n'est pas celui de la personne concernée. [Non souligné dans l'original.]

L'avocat du CSARS comprend les représentants juridiques recrutés dans le secteur privé, ainsi que les avocats internes.

[46] L'avocat du CSARS, qui agit pour le compte du Comité de surveillance, aide le président de l'organisme à promouvoir les intérêts d'un plaignant dans les audiences à huis clos, de la même façon qu'un décideur doit montrer de l'équité envers chacune des parties. Ici, mes observations portent sur le rôle de l'avocat du CSARS en général, sans distinction entre les dossiers propres aux certificats ministériels et la charge de travail courante du Comité de surveillance.

[47] Les avocats externes du CSARS reçoivent leurs directives du président du Comité de surveillance et des avocats internes. Les communications entre l'avocat du CSARS et le plaignant relèvent de l'autorité explicite ou implicite du président du Comité de surveillance. La fonction de président, en tant que filtre ou autorité en matière de communications, est analogue, mais pas identique, au rôle de surveillance exercé par le juge qui préside une instance selon la section 9 de la LIPR. La « libre circulation », comme on l'appelle, de l'information entre l'avocat du CSARS et le plaignant est circonscrite comme elle doit l'être.

[48] Dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême estimait qu'un représentant indépendant devait examiner objectivement les renseignements confidentiels dans le dessein de protéger les intérêts de la personne désignée (aux paragraphes 3 et 86).

[49] L'avocat spécial est indépendant de la Cour, contrairement à l'avocat du CSARS par rapport au Comité de surveillance. Cette indépendance non seulement impose moins de contraintes à l'avocat spécial, mais également fait reposer sur lui une obligation sans doute plus élevée de protection des intérêts de la personne désignée, sans être l'avocat de celle-ci.

[50] Neither the legislation creating the Review Committee [*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 34] nor the latter's rules of procedure make any mention of the role of SIRC counsel. The functions of counsel have evolved over time. Under Division 9, Parliament has made explicit the role, responsibilities and powers of the special advocates.

[51] The special advocate protects the interests of the named person in private hearings [IRPA, s. 85.1(1) (as enacted by S.C. 2008, c. 3, s. 4)]. The special advocate challenges the Minister's claim of confidentiality and the reliability of the confidential information [s. 85.1(2) (as enacted *idem*)]. The special advocate makes oral and written submissions concerning the confidential information [s. 85.2(a) (as enacted *idem*)] and may cross-examine witnesses during private hearings [s. 85.2(b) (as enacted *idem*)]. Finally, the special advocate may, with the judge's authorization, "exercise ... any other powers that are necessary to protect the interests of the [named person]" [s. 85.2(c) (as enacted *idem*)].

[52] The role of the special advocates, like that of SIRC counsel, will evolve based on the rulings of presiding judges.

[53] While I need not decide the issue, I have not been convinced that the "SIRC model" would afford more protection to the named persons than Division 9 of the IRPA.

#### Solicitor-Client Privilege

[54] The interveners approach the section 7 issue with equal force but differently. For them, the requirement that special advocates obtain judicial authorization for communication with the named persons or their counsel is necessarily an impermissible intrusion into solicitor-client communications and the litigation privilege.

[55] Routine supervision of the solicitor-client communications will implicate privileged information and bring the judge, in their words, "into the brief". For the interveners, national security, in and of itself, cannot be an exception to solicitor-client or litigation privilege. The

[50] Ni la législation qui a établi le Comité de surveillance [*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 34] ni les règles de procédure du Comité de surveillance ne font état du rôle de l'avocat du CSARS. Les fonctions de l'avocat ont évolué au fil du temps. Dans la section 9, le législateur a explicité le rôle, les responsabilités et les pouvoirs des avocats spéciaux.

[51] L'avocat spécial protège, dans les audiences à huis clos, les intérêts de la personne désignée [LIPR, art. 85.1(1) (édicte par L.C. 2008, ch. 3, art. 4)]. Il met en doute la confidentialité revendiquée par le ministre et la véracité des renseignements confidentiels [art. 85.1(2) (édicte, *idem*)]. Il présente des observations orales et écrites concernant les renseignements confidentiels [art. 85.2(a) (édicte, *idem*)] et peut contre-interroger des témoins durant des audiences à huis clos [art. 85.2(b) (édicte, *idem*)]. Finalement, il peut « exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts [de la personne désignée] » [art. 85.2(c) (édicte, *idem*)].

[52] Le rôle des avocats spéciaux, comme celui de l'avocat du CSARS, évoluera en fonction des décisions des juges présidant les instances.

[53] Il ne m'est pas nécessaire de trancher la question, mais je n'ai pas été persuadé que le « modèle du CSARS » offrirait davantage de protection aux personnes désignées que ne le fait la section 9 de la LIPR.

#### Le secret professionnel liant l'avocat à son client

[54] Les intervenants abordent avec une égale conviction, mais différemment, la question relative à l'article 7. Pour eux, l'obligation de l'avocat spécial d'obtenir l'autorisation du juge avant de pouvoir communiquer avec la personne désignée ou avec son avocat est nécessairement une intrusion illicite dans les communications entre l'avocat et son client et dans le privilège relatif au litige.

[55] La surveillance ordinaire des communications entre l'avocat et son client impliquera des renseignements privilégiés et, comme le disent les intervenants, introduira le juge [TRADUCTION] « dans le dossier ». Pour les intervenants, la sécurité nationale ne saurait en tant

rationalization of ongoing judicial oversight to avoid the risks of inadvertent disclosure lacks any structure of minimization.

[56] As between special advocates and named persons, Division 9 protects information and not relationships.

[57] According to subsection 85.1(3) [as enacted *idem*], the relationship between the special advocate and the named person is not that of solicitor and client. However, under subsection 85.1(4) [as enacted *idem*], information communicated between the named persons and the special advocates is “deemed” to be subject to solicitor and client privilege. The information that passes between them, absent the solicitor and client relationship, is deemed to be protected.

[58] It is on the basis of the “deeming” provision that the named persons seek to extend the full protection of solicitor and client privilege and litigation privilege to the relationship between special advocates and themselves.

[59] This position, it seems to me, may run counter to Parliament’s assertion that the relationship between the special advocate and the named person is not that of solicitor and client. Nor are special advocates parties to the proceedings.

[60] Despite its importance, solicitor-client privilege is not absolute: *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, at paragraphs 34-35. The case law relied upon by the named persons to buttress the importance of the solicitor-client privilege does not exclude its possible breach for reasons of necessity: *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 S.C.R. 574, at paragraphs 17 and 22; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraph 36; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at paragraph 57.

[61] Avoiding injury to national security, which can include the risks of inadvertent disclosure, may constitute

que telle constituer une exception au secret professionnel de l’avocat ou au privilège relatif au litige. La rationalisation d’une surveillance judiciaire constante visant à éviter les risques d’une divulgation faite par inadvertance ne présente aucune structure de minimisation.

[56] Entre avocats spéciaux et personnes désignées, la section 9 protège les renseignements et non les relations.

[57] Selon le paragraphe 85.1(3) [édicte, *idem*], la relation qui existe entre l’avocat spécial et la personne désignée n’est pas celle qui existe entre un avocat et son client. Cependant, selon le paragraphe 85.1(4) [édicte, *idem*], toute communication entre la personne désignée et l’avocat spécial est « réputée » relever du secret professionnel liant l’avocat et son client. Leurs communications, sans qu’il existe une relation entre avocat et client, sont réputées être protégées.

[58] C’est sur le fondement de la disposition « déterminative » que les personnes désignées voudraient élargir à la relation entre les avocats spéciaux et elles-mêmes la pleine protection conférée par le secret professionnel de l’avocat et par le privilège relatif au litige.

[59] Cette position, me semble-t-il, va sans doute à l’encontre de la volonté du législateur pour qui la relation entre l’avocat spécial et la personne désignée n’est pas celle qui existe entre un avocat et son client. L’avocat spécial n’est pas non plus partie à l’instance.

[60] Malgré son importance, le secret professionnel liant l’avocat et son client n’est pas absolu : *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, aux paragraphes 34 et 35. La jurisprudence invoquée par les personnes désignées pour appuyer l’importance du secret professionnel de l’avocat n’exclut pas sa violation possible pour raisons de nécessité : *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574, aux paragraphes 17 et 22; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 36; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, au paragraphe 57.

[61] La volonté d’éviter une atteinte à la sécurité nationale, ce qui peut comprendre le risque d’une divul-

a necessity that warrants piercing the privilege in as minimal a way as the circumstances dictate. This should not be decided in a factual vacuum.

[62] The able submissions made on behalf of the named persons have not convinced me that the requirement of judicial authorization must by definition be struck down on the bald assertion of either solicitor-client privilege or litigation privilege. The necessity exception prevents me from doing so.

[63] There are also other reasons. First, the factual record in this motion does not convince me that every request for authorization to communicate by special advocates will necessarily implicate information deemed protected by subsection 85.1(4).

[64] Second, there may be situations where special advocates will want to seek authorization for further communication with the named person. The application may be based on facts whose disclosure would breach the deemed solicitor-client privilege. The circumstances will be such that the named person, unaware of the request by the special advocates, cannot explicitly authorize the disclosure of the privileged information.

[65] Here, it is open to special advocates to seek directions from the presiding judge to make submissions in the absence of counsel for the Ministers. The different permutations and combinations that may present will depend on the facts. Designated judges will have the flexibility from the powers vested in them in Division 9 and from the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], to respond properly to the special advocates in accordance with varying circumstances. The presiding judges will determine the extent of the information, if any at all, that should be disclosed to counsel for the Ministers. I would expect that in most cases, if not all, the Ministers would be given notice that a request for authorization to communicate has been made by the special advocates. Early experience under the new provisions has supported this approach.

gation faite par inadvertance, constitue sans doute une nécessité qui justifie une entorse au privilège dans la mesure où elle ne dépasse pas ce qu'exigent les circonstances. C'est là une décision qui ne doit pas être prise dans l'abstrait.

[62] Les observations pertinentes présentées au nom des personnes désignées ne m'ont pas persuadé que l'obligation de l'avocat spécial d'obtenir l'autorisation du juge devait par définition être levée sur simple assertion du secret professionnel de l'avocat ou du privilège relatif au litige. L'exception de nécessité m'empêche de le faire.

[63] Il y a aussi d'autres raisons. D'abord, le dossier factuel présenté dans le cadre de la présente requête ne me convainc pas que toute demande d'autorisation de communiquer qui est faite par les avocats spéciaux impliquera nécessairement des renseignements réputés protégés par le paragraphe 85.1(4).

[64] Deuxièmement, il peut y avoir des cas où les avocats spéciaux voudront obtenir l'autorisation de communiquer à nouveau avec la personne désignée. La demande pourrait être fondée sur des faits dont la divulgation porterait atteinte au présumé privilège du secret professionnel de l'avocat. Les circonstances seront telles que la personne désignée, non informée de la requête des avocats spéciaux, ne pourra pas explicitement autoriser la divulgation des renseignements privilégiés.

[65] Ici, il est loisible aux avocats spéciaux d'obtenir du juge président l'instance les directives requises pour faire des observations en l'absence de l'avocat des ministres. Les diverses permutations et combinaisons pouvant se présenter dépendront des faits. Les juges désignés auront la possibilité, de par les pouvoirs qui leur sont dévolus par la section 9 et par les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], de répondre comme il convient aux avocats spéciaux en fonction des circonstances. Les juges président les instances détermineront l'étendue des renseignements, le cas échéant, qui devraient être divulgués aux avocats des ministres. J'imagine que, dans la plupart des cas, sinon la totalité, les ministres seraient informés qu'une demande d'autorisation de communiquer a été faite par les avocats spéciaux. L'expérience acquise en vertu des nouvelles dispositions appuie cette solution.

[66] Finally, the interveners' suggestion that the requirement for judicial supervision will "taint" the presiding judge, particularly where authorization is given and the named person subsequently adopts a different strategy, is a matter best determined with a factual context.

[67] In summary, the named persons have not presented a sufficient factual matrix to evaluate their section 7 claims. Their challenge under section 7 cannot be determined in this constitutional motion.

#### The Paragraph 2(b) Issues

[68] Private hearings, in the absence of the public and the named persons, as well as the restrictions on the ability of special advocates to communicate freely, infringe the open court principle and freedom of expression as guaranteed under paragraph 2(b) of the Charter.

[69] The statutory requirement that national security confidential information be received in private hearings has been upheld by the Supreme Court of Canada: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*); see also *Khawaja*.

[70] In *Ruby* and *Khawaja*, the paragraph 2(b) infringement was saved under section 1.

[71] To the degree that the impugned provisions protect confidential information, the section 1 analysis in *Ruby* and *Khawaja* is applicable here. If a private hearing concerning confidential information is justifiable under section 1, so too is a prohibition on disclosing the contents of such a private hearing. This must be true.

[72] However, in this constitutional motion, unlike the situations in *Ruby* and *Khawaja*, the issue of communications between the special advocates and other persons, in particular the named persons, is a new issue. Neither the named persons, nor the special advocates have satis-

[66] Finalement, l'idée des intervenants selon laquelle l'obligation d'obtenir une autorisation aura pour effet de [TRADUCTION] « pervertir » le juge président l'instance, en particulier si l'autorisation est accordée et que la personne désignée adopte par la suite une autre stratégie, est un point qu'il vaut mieux décider sur la base d'un contexte factuel.

[67] En résumé, les personnes désignées n'ont pas présenté un contexte factuel suffisant pour apprécier leurs prétentions fondées sur l'article 7. Il ne peut être statué sur leur contestation fondée sur l'article 7 dans le cadre de la présente requête constitutionnelle.

#### Les questions relatives à l'alinéa 2b)

[68] Les audiences à huis clos, tenues en l'absence du public et des personnes désignées, ainsi que les limites à l'aptitude des avocats spéciaux de communiquer librement, empiètent sur le principe des audiences publiques et sur la liberté d'expression qui est garantie par l'alinéa 2b) de la Charte.

[69] La règle selon laquelle les renseignements confidentiels intéressant la sécurité nationale doivent être reçus dans des audiences à huis clos a été confirmée par la Cour suprême du Canada : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3 (l'arrêt *Ruby*); voir aussi la décision *Khawaja*.

[70] Dans l'arrêt *Ruby* et la décision *Khawaja*, l'atteinte à l'alinéa 2b) fut validée selon l'article premier.

[71] Dans la mesure où les dispositions contestées protègent les renseignements confidentiels, l'analyse faite dans l'arrêt *Ruby* et la décision *Khawaja* en application de l'article premier est applicable ici. Si une audience à huis clos concernant des renseignements confidentiels est justifiable en application de l'article premier, alors est justifiable également une interdiction de divulguer le contenu d'une telle audience. Cela coule de source.

[72] Cependant, dans la présente requête constitutionnelle, contrairement aux espèces *Ruby* et *Khawaja*, la question des communications entre les avocats spéciaux et d'autres personnes, en particulier les personnes désignées, est une question nouvelle. Ni les personnes

fied me that the ability to obtain judicial authorization for communication does not minimally impair their paragraph 2(b) rights. For the reasons mentioned under my section 7 analysis, this issue should remain open pending adjudication with an appropriate factual matrix.

#### The Alternative Relief Sought

[73] The constitutional motion describes the alternative relief sought in factual terms. In Mr. Almrei's view, it is unconstitutional to require judicial authorization where:

- (a) the special advocates communicate with office staff and colleagues and family members concerning their whereabouts;
- (b) the special advocates communicate with those officials responsible for their administrative support;
- (c) the special advocates communicate between themselves in the same proceeding;
- (d) the special advocates appointed in an ongoing proceeding communicate with other special advocates on the list established by the Minister of Justice but not participating in an ongoing proceeding;
- (e) the special advocates appointed in one proceeding communicate with special advocates appointed in a separate ongoing proceeding;
- (f) the special advocates communicate with the media and Parliament concerning the effectiveness of the proceedings;
- (g) the special advocates communicate with the named persons and their counsel concerning rulings made in private and the advisability of appealing or seeking judicial review of such rulings;
- (h) the special advocates communicate with the named persons and their counsel concerning matters not en-

désignées, ni les avocats spéciaux ne m'ont persuadé que la possibilité d'obtenir du juge l'autorisation de communiquer ne porte pas le moins possible atteinte à leurs droits garantis par l'alinéa 2b). Pour les motifs indiqués dans mon analyse se rapportant à l'article 7, ce point devrait rester en suspens jusqu'à présentation d'un contexte factuel approprié.

#### La réparation subsidiaire sollicitée

[73] La requête constitutionnelle décrit en termes factuels la réparation subsidiaire qui est sollicitée. De l'avis de M. Almrei, il est inconstitutionnel de requérir l'autorisation du juge lorsque :

- a) les avocats spéciaux communiquent avec leurs collègues et leurs familles concernant les endroits où ils se trouvent;
- b) les avocats spéciaux communiquent avec les fonctionnaires chargés d'assurer leur soutien administratif;
- c) les avocats spéciaux communiquent entre eux dans la même instance;
- d) les avocats spéciaux nommés dans une instance en cours communiquent avec d'autres avocats spéciaux figurant sur la liste établie par le ministre de la Justice, mais ne participant pas à une instance en cours;
- e) les avocats spéciaux nommés dans une instance communiquent avec les avocats spéciaux nommés dans une instance distincte;
- f) les avocats spéciaux communiquent avec les médias et avec le Parlement concernant le bon déroulement de l'instance;
- g) les avocats spéciaux communiquent avec les personnes désignées et leurs avocats à propos de décisions rendues à huis clos et à propos de l'opportunité de faire appel de telles décisions ou de solliciter un contrôle judiciaire à l'encontre de telles décisions;
- h) les avocats spéciaux communiquent avec les personnes désignées et leurs avocats concernant des aspects

visaged prior to the special advocates' receipt of confidential information.

In each of these eight circumstances, Mr. Almrei asserts that the communications of the special advocates should be free-flowing and without the filter of court approval.

[74] Importantly, Mr. Almrei concedes in five of the eight instances that the free flow of communications being sought for the special advocates should not directly or indirectly disclose confidential information. Put more simply, the envisaged communications have nothing to do with confidential information. Concerning (c), (d) and (e), the concession is formulated differently and will be dealt with below.

[75] A review of the principles of statutory interpretation will assist in assessing the alternative relief sought by Mr. Almrei.

[76] For over a decade now, the Supreme Court of Canada has reiterated the modern principle of statutory interpretation, rooted in Driedger's often quoted maxim: "the words of an Act are to be read in their entire context and in the grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." (See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, at paragraph 34.)

[77] Parliament is presumed to legislate in a way that avoids absurd or unjust consequences (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham: LexisNexis Canada, 2008) at pages 300-323). Professor Sullivan, relying on several Supreme Court of Canada decisions, highlights the following propositions (at pages 300-301):

- (1) It is presumed that the legislature does not intend its legislation to have absurd consequences.
- (2) Absurd consequences are not limited to logical contradictions or internal incoherence but include violations of

qui n'étaient pas envisagés avant que les avocats spéciaux reçoivent les renseignements confidentiels.

Pour chacun de ces huit cas, M. Almrei affirme que les communications des avocats spéciaux devraient se faire librement et être soustraites au filtre que constitue l'autorisation du juge.

[74] Aspect important à souligner, M. Almrei admet, pour cinq des huit cas, que la liberté de communication qui est demandée pour les avocats spéciaux ne devrait pas directement ou indirectement avoir pour effet d'entraîner la divulgation de renseignements confidentiels. Plus simplement, les communications envisagées n'ont rien à voir avec des renseignements confidentiels. S'agissant des cas c), d) et e), la concession de M. Almrei est formulée différemment et sera traitée ci-après.

[75] Un examen des principes d'interprétation des lois permettra d'apprécier la réparation subsidiaire que sollicite M. Almrei.

[76] Depuis plus de 10 ans maintenant, la Cour suprême du Canada a rappelé le principe moderne d'interprétation des lois, un principe enraciné dans la maxime de Driedger, souvent citée : [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, l'objet de la Loi et l'intention du législateur. » (Voir les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, et *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 34.)

[77] Le Parlement est présumé légiférer d'une manière qui n'entraîne pas de conséquences absurdes ou injustes (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd., Markham : LexisNexis Canada, 2008, aux pages 300 à 323). La professeure Sullivan, se fondant sur plusieurs arrêts de la Cour suprême du Canada, met en relief les propositions suivantes (aux pages 300 et 301) :

[TRADUCTION]

- 1) Il est présumé que le législateur ne souhaite pas que ses lois produisent des conséquences absurdes.
- 2) Les conséquences absurdes ne se limitent pas aux contradictions logiques ou aux incohérences internes, mais com-

established legal norms such as rule of law; they also include violations of widely accepted standards of justice and reasonableness.

- (3) Whenever possible, an interpretation that leads to absurd consequences is rejected in favour of one that avoids absurdity.
- (4) The more compelling the absurdity, the greater the departure from ordinary meaning that is tolerated.

[78] An essential element of Division 9 proceedings is confidential information. The legislation denies named persons and their counsel access to the confidential information because of its sensitivity. Mr. Almrei and the interveners concede that the protection of confidential information is a legitimate governmental objective. The broad limitations found in the impugned provisions must, therefore, be interpreted by courts keeping in mind the risks of disclosure, particularly inadvertent disclosure, of confidential information, while avoiding absurd consequences.

[79] The first three categories of relief sought by Mr. Almrei can be determined definitely through statutory construction and do not give rise to constitutional issues.

(a) communications with office colleagues or family members concerning their whereabouts

[80] Parliament could not have intended to prohibit communications between the special advocates and their office colleagues or family members concerning the whereabouts of special advocates during the proceedings. In each proceeding, scheduling orders have been issued publicly. They can be obtained through the Registry. The recorded entries are available on the Internet, even if they do not refer to specific private hearings.

[81] There may be an exceptional case where disclosure of the date or location of a private hearing may detrimentally affect national security. In this extreme situation, the presiding judge, responsible for ensuring the confiden-

prennent la violation de normes juridiques établies, telles le principe de la primauté du droit; elles comprennent aussi la violation des normes largement reconnues que sont la justice et la raison.

- 3) Lorsque cela est possible, il faut rejeter toute interprétation qui conduit à des conséquences absurdes et favoriser une interprétation qui en est exempte.
- 4) Plus frappante est l'absurdité, plus s'imposera l'idée de s'écarter du sens ordinaire.

[78] Un élément essentiel des instances relevant de la section 9 a trait aux renseignements confidentiels. Le texte de loi nie aux personnes désignées et à leurs avocats l'accès aux renseignements confidentiels, en raison de leur sensibilité. M. Almrei et les intervenants admettent que la protection des renseignements confidentiels est un objectif gouvernemental légitime. Les limites générales énoncées dans les dispositions contestées doivent donc être interprétées par les cours de justice d'une manière qui tienne compte des risques de divulgation des renseignements confidentiels, en particulier la divulgation faite par inadvertance, tout en évitant les conséquences absurdes.

[79] Les trois premières catégories de réparation que demande M. Almrei peuvent être décidées manifestement par les techniques d'interprétation des lois et ne donnent pas lieu à des questions constitutionnelles.

a) les communications des avocats spéciaux avec leurs collègues ou leurs familles concernant les endroits où ils se trouvent

[80] Il est impossible que le législateur ait voulu interdire les communications entre les avocats spéciaux et leurs collègues ou leurs familles concernant les endroits où ils se trouvent durant les instances. Dans chaque instance, des ordonnances de planification ont été rendues publiquement. Elles peuvent être obtenues par l'entremise du greffe. Les données consignées sont accessibles sur l'Internet, même si elles ne font pas état de telle ou telle audience à huis clos.

[81] Il peut y avoir une exception lorsque la divulgation de la date ou de l'endroit d'une audience à huis clos risque de préjudicier à la sécurité nationale. Dans ce cas extrême, le juge président l'instance, chargé de



tiality of information, would have the burden of issuing an order to protect that information. Otherwise, the whereabouts of the special advocates is an administrative matter not encompassed by the legislation.

[82] In short, the impugned provisions cannot reasonably be read to limit communications of special advocates with this class of persons concerning their whereabouts.

(b) communications concerning their administrative support

[83] Parliament has mandated the Minister of Justice in subsection 85(3) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] to provide special advocates with administrative support. It is suggested that that Parliament simultaneously prohibited special advocates from communicating with the officials responsible for delivering that administrative support without judicial authorization. I am satisfied that this could not have been the intention of Parliament.

[84] In my view, special advocates may communicate freely concerning their administrative support and resources with those officials responsible for ensuring their delivery under subsection 85(3).

[85] For greater clarity, it is open to special advocates to seek a blanket order that would allow them, without further judicial direction, to communicate with any other person, except the named persons or their counsel, with whom it is necessary to confer about administrative matters not connected with the substance of the proceedings. Such an order could mirror paragraph 76.25(3)(d) of the *Civil Procedure (Amendment No. 2) Rules 2005* [S.I. 2005/656] of the High Court of Justice of England and Wales.

[86] Again, I do not believe that such a “comfort” order is necessary in law. Communications between special advocates and their office colleagues and families concerning the whereabouts of special advocates are not captured by the legislation. Nor are communications

garantir la confidentialité des renseignements, aurait l’obligation de rendre une ordonnance protégeant tels renseignements. Autrement, l’endroit où se trouve l’avocat spécial est une question administrative que ne règle pas la législation.

[82] En bref, les dispositions contestées ne sauraient raisonnablement être vues comme des dispositions limitant les communications des avocats spéciaux avec cette catégorie de personnes concernant les endroits où ils se trouvent.

(b) les communications des avocats spéciaux concernant le soutien administratif qu’ils reçoivent

[83] Le législateur oblige le ministre de la Justice, au paragraphe 85(3) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], à fournir un soutien administratif aux avocats spéciaux. On fait valoir que le législateur a simultanément interdit aux avocats spéciaux de communiquer, sans l’autorisation du juge, avec les fonctionnaires chargés de fournir ce soutien administratif. Je suis d’avis que le législateur n’a pu avoir cette intention.

[84] Selon moi, les avocats spéciaux peuvent communiquer librement, concernant le soutien administratif et les ressources qu’ils reçoivent, avec les fonctionnaires chargés en vertu du paragraphe 85(3) de leur apporter ce soutien et ces ressources.

[85] Certes, il est loisible aux avocats spéciaux de solliciter une ordonnance générale qui leur permettrait, sans une nouvelle autorisation du juge, de communiquer avec toute autre personne, sauf les personnes désignées ou leurs avocats, qu’ils doivent consulter à propos de questions administratives non rattachées au fond de l’instance. Une telle ordonnance pourrait refléter les dispositions de l’alinéa 76.25(3)(d) des *Civil Procedure (Amendment No. 2) Rules 2005* [S.I. 2005/656] de la Haute Cour de justice de l’Angleterre et du Pays de Galles.

[86] Encore une fois, je ne crois pas qu’une telle ordonnance « de commodité » soit nécessaire en droit. Les communications des avocats spéciaux avec leurs collègues et leurs familles concernant les endroits où ils se trouvent ne sont pas régies par le texte de loi. Ne le sont pas non

between special advocates and those officials acting pursuant to subsection 85(3) concerning administrative support or resources.

(c) communications between special advocates in the same proceeding

[87] Mr. Almrei contemplates under (c), (d) and (e), unlike the other categories, the potential communication of confidential information. For him, there should be no judicial supervision of communications among special advocates because each has the necessary security clearance.

[88] The legislation does not prohibit the appointment of more than one special advocate in a proceeding. In the five ongoing proceedings, each presiding judge has appointed two special advocates. Neither Parliament nor the presiding judge could have envisaged that the two special advocates, after both have received the confidential information, could not communicate freely between themselves in a secure manner during their joint effort to protect the interests of the named person.

[89] Suggesting otherwise is as absurd as suggesting, which no one has, that special advocates need judicial authorization to communicate with counsel for the Ministers assigned to the private hearings in the same proceeding. Such a result could not have been the intention of Parliament and must be rejected.

(d) communications with special advocates not yet appointed in a proceeding

[90] Communications between appointed special advocates and those named to the list of special advocates by the Minister of Justice under subsection 85(1) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] but not yet participating in a proceeding may be problematic. As the special advocates themselves noted in oral argument, such communication may be “fraught with difficulty”.

plus les communications entre les avocats spéciaux et les fonctionnaires chargés de leur fournir soutien administratif et ressources adéquates en application du paragraphe 85(3).

c) les communications entre avocats spéciaux nommés dans la même instance

[87] M. Almrei voit dans les alinéas c), d) et e), contrairement aux autres catégories, la communication possible de renseignements confidentiels. Pour lui, il ne devrait y avoir aucune surveillance judiciaire des communications entre avocats spéciaux, puisque chacun d’eux dispose de l’habilitation de sécurité qui est nécessaire.

[88] Le texte n’interdit pas la nomination de plus d’un avocat spécial dans une instance. Dans chacune des cinq instances en cours, le juge président l’instance a nommé deux avocats spéciaux. Ni le législateur ni le juge président une instance n’ont pu imaginer que, après que les deux avocats spéciaux ont reçu les renseignements confidentiels, il leur serait impossible de communiquer librement entre eux d’une manière sécuritaire dans leurs efforts concertés visant à protéger les intérêts de la personne désignée.

[89] Affirmer le contraire serait aussi absurde que d’affirmer (ce que nul n’a fait) que les avocats spéciaux doivent obtenir du juge l’autorisation de communiquer avec les avocats des ministres affectés aux audiences à huis clos tenues au cours de la même instance. Un tel résultat ne saurait avoir été l’intention du législateur et doit être écarté.

d) les communications avec des avocats spéciaux qui ne sont pas encore nommés dans une instance

[90] Les communications entre les avocats spéciaux nommés et ceux qui sont énumérés dans la liste des avocats spéciaux par le ministre de la Justice aux termes du paragraphe 85(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4], mais qui ne participent pas encore à une instance, peuvent être problématiques. Comme l’ont fait observer les avocats spéciaux eux-mêmes dans leur argumentation orale, de telles communications peuvent [TRADUCTION] « présenter des difficultés considérables ».

[91] None of the counsel raised the issue of a possible conflict of interest for the other special advocate to the communication. Nor did anyone demonstrate how this limitation could in any practical sense detrimentally affect the right of the named persons to fundamental justice or constitute more than a minimal impairment of anyone's freedom of expression. Again, absent a factual context where such judicial authorization would be refused, I choose not to comment further, particularly since confidential information has been put in issue.

(e) communications with other special advocates appointed in another ongoing proceeding

[92] Mr. Almrei, joined by the special advocates, argues that special advocates in one proceeding should be allowed to communicate freely with those participating in one or more of the other four proceedings. In advancing this position, the situation of the special advocates is compared to that of counsel for the Ministers. This comparison is of little assistance, particularly in the absence of any evidence concerning the communication of confidential information among government counsel acting in different proceedings.

[93] Special advocates who wish to communicate with their counterparts in other ongoing proceedings should seek judicial authorization. In the event the authorization is not granted, there will then be a factual context against which one could determine whether the procedural rights of the named persons would be detrimentally affected by the restriction.

[94] In my view, this issue cannot be determined without a factual matrix and, therefore, I will refrain from further comment.

(f) communications with the media and Parliament concerning the effectiveness of the proceedings

[95] The named persons argue that special advocates should have an unfettered right to communicate with the media and Parliament concerning "the effectiveness of the proceedings". I have understood their concern to be with respect to the efficacy of ongoing proceedings. I

[91] Aucun des avocats n'a soulevé la question d'un possible conflit d'intérêts pour l'autre avocat spécial partie à la communication. Nul n'a montré non plus en quoi cette limite pourrait, sur le plan pratique, porter atteinte au droit des personnes désignées à la justice fondamentale, ou constituer davantage qu'une atteinte minimale à la liberté d'expression de quiconque. Encore une fois, en l'absence d'un contexte factuel où le juge pourrait refuser son autorisation, je n'en dirai pas davantage, d'autant que des renseignements confidentiels ont été mis en cause.

e) les communications avec d'autres avocats spéciaux nommés dans une autre instance en cours

[92] M. Almrei, auquel se joignent les avocats spéciaux, fait valoir que les avocats spéciaux dans une instance devraient pouvoir communiquer librement avec ceux qui participent à l'une ou plusieurs des quatre autres instances. Il compare, ce faisant, la situation des avocats spéciaux à celle de l'avocat des ministres. Cette comparaison n'est guère utile, surtout en l'absence de preuves portant sur la communication de renseignements confidentiels entre avocats du gouvernement agissant dans diverses instances.

[93] Les avocats spéciaux qui souhaitent communiquer avec leurs homologues nommés dans d'autres instances devraient obtenir une autorisation du juge. Si l'autorisation n'est pas accordée, il y aura alors un contexte factuel permettant de dire si la restriction risque de préjudicier aux droits procéduraux des personnes désignées.

[94] À mon avis, ce point ne peut être décidé sans un contexte factuel, et je m'abstiendrai donc de l'examiner davantage.

f) les communications des avocats spéciaux avec les médias et le Parlement concernant le bon déroulement des instances

[95] Les personnes désignées font valoir que les avocats spéciaux devraient avoir un droit illimité de communiquer avec les médias et le Parlement concernant [TRADUCTION] « le bon déroulement des instances ». J'ai cru comprendre qu'elles voulaient parler du déroulement efficace des

take comfort in this view from the special advocates, who disassociated themselves from this aspect of the constitutional motion.

[96] The insight of special advocates that might be of interest to the media and Parliament presumably flows from their access to confidential information and their participation in private proceedings.

[97] The named persons provided no evidence or examples to show how this limitation would detrimentally affect their right to fundamental justice. The impugned provisions do not limit the named persons or their counsel from properly communicating with the media and Parliament. Again, this issue is better left to another day with an appropriate factual context.

(g) communications with the named persons and their counsel concerning rulings made in private

[98] As noted by the Ministers, this concern is weakened by the statutory prohibition on appeals from interlocutory orders (see sections 79 [as am. *idem*] and 82.3 [as enacted *idem*]).

[99] The apprehension of the named persons is further diminished in light of the publicity surrounding the rulings made thus far in the proceedings. Even while this constitutional motion was before me, presiding judges, in various ways and where appropriate, have made public certain rulings and other information concerning private hearings.

[100] Special advocates may always seek judicial authorization for the communication of rulings made in private where judges do not do so on their own initiative. It is my expectation that most, if not all, of the rulings that do not directly or indirectly disclose confidential information could be made public.

[101] In the absence of evidence demonstrating how this issue could detrimentally affect the Charter rights of the named persons, it would be premature to comment further.

instances en cours. Je suis conforté dans cette manière de voir par les avocats spéciaux, qui se sont dissociés de cet aspect de la requête constitutionnelle.

[96] Les connaissances des avocats spéciaux qui pourraient intéresser les médias et le Parlement découlent sans doute de leur accès aux renseignements confidentiels et de leur participation aux audiences à huis clos.

[97] Les personnes désignées n'ont pas apporté de preuves ni donné d'exemples montrant en quoi cette limite constituerait une négation de leur droit à la justice fondamentale. Les dispositions contestées n'empêchent pas les personnes désignées ou leurs avocats de communiquer avec les médias et le Parlement. Là encore, il vaut mieux attendre un contexte factuel adéquat pour faire l'examen de cette question.

g) les communications des avocats spéciaux avec les personnes désignées et leurs avocats concernant les décisions rendues à huis clos

[98] Comme l'ont dit les ministres, cet aspect est affaibli par le fait que les décisions interlocutoires ne sont pas susceptibles d'appel (voir les articles 79 [mod., *idem*] et 82.3 [édicte, *idem*]).

[99] L'inquiétude des personnes désignées est encore réduite par la publicité entourant les décisions rendues jusque-là dans les instances. Alors même que cette requête constitutionnelle était soumise à mon examen, les juges présidant les instances ont, de diverses manières et selon le cas, rendu publiques certaines décisions et autres renseignements concernant des audiences à huis clos.

[100] Les avocats spéciaux peuvent toujours demander au juge l'autorisation de communiquer des décisions rendues à huis clos si le juge ne le fait pas de sa propre initiative. Il m'apparaît que la plupart, sinon la totalité, des décisions qui ne divulguent pas directement ou indirectement des renseignements confidentiels pourraient être rendues publiques.

[101] En l'absence d'une preuve montrant en quoi cet aspect pourrait préjudicier aux droits garantis par la Charte aux personnes désignées, il serait prématuré d'en dire davantage.

(h) communications with the named persons and their counsel after the special advocate receives confidential information

[102] As presented by Mr. Almrei, the communications envisaged in this category have nothing to do with confidential information.

[103] The named persons argue that special advocates should determine on their own when judicial authorization is required for their communications with other persons under subsection 85.4(2). In their view, special advocates should not be fettered concerning communications about the proceeding where confidential issues are not being discussed. Otherwise, in their opinion, the impugned provisions intrude on the Charter rights of the named persons and special advocates.

[104] Parliament has mandated that special advocates require judicial authorization for all communications after having received the confidential information. Paragraph 83(1)(d) [as am. *idem*] stipulates that the judge shall ensure the protection of confidential information. The legislation aims to prevent the disclosure of confidential information, intentionally or through inadvertence, through the mechanism of judicial supervision.

[105] In my view, if Parliament's objective is to be met, special advocates cannot communicate with another person about the proceeding, absent judicial authorization, even concerning an order or direction made public by the presiding judge. If special advocates were allowed to determine on their own initiative when they could communicate about the proceeding, even where confidential information is not being discussed, Parliament's attempt to limit inadvertent disclosure would be compromised. Absent a factual context, it is again premature to determine in any definitive way the constitutional validity of these impugned provisions.

h) les communications des avocats spéciaux avec les personnes désignées et leurs avocats après que les avocats spéciaux ont reçu des renseignements confidentiels

[102] Comme l'a dit M. Almrei, les communications comprises dans cette catégorie n'ont rien à voir avec des renseignements confidentiels.

[103] Les personnes désignées font valoir que les avocats spéciaux devraient eux-mêmes déterminer le moment auquel une autorisation du juge est nécessaire pour leurs communications avec d'autres personnes en application du paragraphe 85.4(2). Selon elles, les avocats spéciaux ne devraient pas être entravés dans leurs communications portant sur l'instance dans les cas où des questions confidentielles ne sont pas débattues. Autrement, de l'avis des personnes désignées, les dispositions contestées empiètent sur les droits conférés par la Charte aux personnes désignées et aux avocats spéciaux.

[104] Le Parlement a voulu que les avocats spéciaux obtiennent l'autorisation du juge pour toutes leurs communications une fois qu'ils ont reçu des renseignements confidentiels. L'alinéa 83(1)d) [mod., *idem*] dispose que le juge doit veiller à la protection des renseignements confidentiels. La législation vise à prévenir, par le mécanisme de la surveillance judiciaire, la divulgation intentionnelle ou involontaire de renseignements confidentiels.

[105] À mon avis, si l'objectif du législateur doit être atteint, alors les avocats spéciaux ne peuvent pas, sans l'autorisation du juge, communiquer avec une autre personne à propos de l'instance, même concernant une ordonnance ou directive rendue publique par le juge présidant l'instance. S'il était permis aux avocats spéciaux de déterminer eux-mêmes le moment où ils peuvent communiquer à propos de l'instance, quand bien même des renseignements confidentiels n'y seraient pas débattus, la volonté du législateur de limiter la divulgation involontaire de renseignements confidentiels serait entravée. Sans un contexte factuel, il est encore une fois prématuré de statuer d'une manière catégorique sur la validité constitutionnelle de ces dispositions contestées.

Conclusion

[106] In the wake of *Charkaoui*, Parliament modified the ministerial certificate proceeding by introducing to the process a special advocate. Five certificate proceedings are underway, and the hard work of everyone involved is breathing life into Parliament's amendments to the IRPA. I am of the view that it is premature to evaluate whether the impugned provisions, as implemented in the ongoing proceedings, should survive scrutiny under paragraph 2(b) and section 7 of the Charter.

## ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. The constitutional motion is dismissed as premature, without prejudice to any party's right to challenge, with an appropriate factual matrix, the constitutionality of subsection 85.4(2) and paragraph 85.5(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, as amended (the impugned provisions).
2. There are three factual matters in this motion that can be disposed of on the basis of statutory construction. Parliament could not have intended that these factual matters would be captured by the impugned provisions. They do not raise constitutional issues. These three factual matters are those where:
  - a. the special advocates communicate with their office staff and colleagues and family members concerning their whereabouts;
  - b. the special advocates communicate concerning their administrative support and resources with those officials responsible for their delivery under subsection 85(3) of the IRPA;
  - c. the special advocates in the same proceeding communicate between themselves in a secure manner, after both have received the confidential information.

Dispositif

[106] Dans le sillage de l'arrêt *Charkaoui*, le Parlement a modifié la procédure des certificats ministériels en faisant entrer dans cette procédure un avocat spécial. Cinq procédures de ce genre sont en cours et le travail assidu de tous les intéressés est en train de donner vie aux modifications apportées à la LIPR. Je suis d'avis qu'il est prématuré de se demander si les dispositions contestées, telles qu'elles ont été appliquées dans les instances en cours, devraient survivre à un examen selon l'alinéa 2b) et l'article 7 de la Charte.

## ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. La requête constitutionnelle est rejetée parce qu'elle est prématurée, sans préjudice du droit de toute partie de contester, sur la base d'une matrice factuelle adéquate, la constitutionnalité du paragraphe 85.4(2) et de l'alinéa 85.5b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, et modifications (les dispositions contestées).
2. Trois points de fait soulevés dans la présente requête peuvent être décidés selon les principes de l'interprétation des lois. Le législateur n'aurait pu vouloir que ces points de fait soient englobés dans les dispositions contestées. Ils ne soulèvent pas de questions constitutionnelles. Ces trois points de fait sont les suivants :
  - a. les avocats spéciaux communiquent avec leurs collègues et leurs familles concernant l'endroit où ils se trouvent;
  - b. les avocats spéciaux communiquent, à propos du soutien administratif et des ressources dont ils bénéficient, avec les fonctionnaires chargés de les leur procurer en application du paragraphe 85(3) de la LIPR;
  - c. les avocats spéciaux nommés dans la même instance communiquent entre eux d'une manière sécuritaire, après qu'ils ont tous deux reçu les renseignements confidentiels.