

2020 FC 729  
T-669-192020 CF 729  
T-669-19**In the Matter of the *Secure Travel Act*****Affaire intéressant la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*****Bhagat Singh Brar** (*Appellant*)**Bhagat Singh Brar** (*appelant*)

v.

c.

**Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)** (*Respondent*)**Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)** (*intimé*)

T-670-19

T-670-19

**Parvkar Singh Dulai** (*Appellant*)**Parvkar Singh Dulai** (*appelant*)

v.

c.

**Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)** (*Respondent*)**Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)** (*intimé*)**INDEXED AS: BRAR v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)****RÉPERTORIÉ : BRAR c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa by telephone conference, April 16; June 30, 2020.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, par conférence téléphonique, 16 avril; 30 juin 2020.

*Security Intelligence — Secure Air Travel Act — Preliminary determination of legal questions arising in underlying appeals from decisions of respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15, seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Appellants submitting notices of appeal asking Court to order removal of their names from list — Respondent filing redacted public appeal book for each appeal — Court ordering respondent on October 7, 2019, to file unredacted appeal book — Respondent withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book — Court also appointing amici curiae on October 7, 2019, in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal questions raised including: role of designated judge in appeal pursuant to SATA; role of amici curiae in ex parte proceedings, power thereof to cross-examine witnesses; whether designated judge, amici curiae allowed to see withdrawn information, reasons therefor; whether Federal Court, as superior court of record, should retain copy of withdrawn information; whether scheme under SATA, s. 16 allowing for ex parte hearing on merits of appeal — Designated judge's role in appeals under SATA*

*Renseignement de sécurité — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Décision préliminaire portant sur des questions de droit posées dans le cadre d'appels sous-jacents interjetés à l'encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — Les appelants ont déposé des avis d'appel demandant à la Cour d'ordonner que leurs noms soient radiés de la liste — L'intimé a déposé pour chaque appel un dossier d'appel public caviardé — Le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose un dossier d'appel non caviardé — Pendant la préparation du dossier d'appel non caviardé, l'intimé a retiré certains renseignements confidentiels — En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a également nommé des amici curiae dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019 — Des questions de droit préliminaires ont été soulevées, notamment : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA; le rôle des amici curiae dans le cadre de l'instance ex parte et la question de savoir s'ils ont le pouvoir*

that of “gatekeeper” — Having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role — Role of judge not differing according to “phase” (disclosure or merits) of appeal — Judge having to assume “active”, “non-deferential role” at all stages of proceedings — Role of amicus curiae to serve Court — Amici curiae herein not acting on behalf of appellants but rather representing their interests during ex parte, in camera portions of appeal — Role of amici curiae in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure fairest judicial process possible — Cross-examination of witnesses essential component of amici curiae’s role — SATA not restricting amici curiae from seeing withdrawn information, reasons for withdrawal but requiring Court ensure confidentiality of that information — SATA permitting ex parte, in camera hearing on merits — Questions answered, order dated October 7, 2019, appointing amici curiae amended accordingly.

Judges and Courts — Secure Air Travel Act — Role of designated judge — Respondent Minister denying appellants’ applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal — Court appointing amici curiae in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal question raised regarding role of designated judge in appeal pursuant to SATA — Designated judge’s role in appeals under SATA that of “gatekeeper” — Overarching role that of arbiter between collective interest in national security, rights and freedoms of individuals — Overall judicial duty to reconcile tension created by these interests — Designated judge having to take all alternative measures available within limits of relevant statutory, inherent powers to give effect to individual’s right to fair judicial process — Gatekeeper role allowing designated judge to appoint amicus curiae — Designated judge having to ensure fair judicial process, assume robust, interventionist role, different from that in conventional appeal or judicial review — Having duty to provide appellant, Minister with opportunity to be heard — Role not differing according to “phase” (disclosure or merits) of appeal — Judge having to assume “active”, “non-deferential role”

de contre-interroger des témoins; la question de savoir si le juge désigné et les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés; la question de savoir si la Cour fédérale, en tant que cour supérieure d’archives, devrait conserver une copie des renseignements retirés; et la question de savoir si le régime prévu à l’art. 16 de la LSDA autorise la tenue d’une audience ex parte sur le fond de l’appel — Le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » — Il doit veiller à la présence d’un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste — Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l’« étape » (relative à la divulgation ou au fond) de l’appel — Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance — L’amicus curiae a pour rôle de servir la Cour — Les amici curiae dans la présente affaire n’agissaient pas pour le compte des appelants, mais ils représentaient leurs intérêts lors des parties ex parte et à huis clos d’un appel — Le rôle des amici curiae dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s’acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible — La possibilité de contre-interroger les témoins est un élément essentiel du rôle des amici curiae — La LSDA n’empêche pas les amici curiae de consulter les renseignements retirés ou d’être informés de leur retrait, mais elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité — Il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience ex parte et à huis clos sur le fond — Il a été répondu aux questions et l’ordonnance du 7 octobre 2019 nommant des amici curiae a été modifiée en conséquence.

Juges et Tribunaux — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Rôle du juge désigné — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l’art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l’art. 8 de la LSDA — L’intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d’appel caviardés et non caviardés — En réponse à l’inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des amici curiae — Une question de droit préliminaire a été soulevée concernant le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA — Le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d’un « gardien » — Son rôle fondamental consiste à arbitrer le choc entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus — L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier la tension entre ces intérêts — Le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d’un individu à un processus judiciaire équitable — Le rôle général de gardien que le juge désigné joue lui permet de désigner un amicus curiae — Le juge désigné doit veiller à la

*at all stages of proceedings, test evidence presented by Minister throughout.*

*Practice — Secure Air Travel Act — Role of amici curiae — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Respondent filing redacted, unredacted appeal books for each appeal — Withdrawing certain classified information while preparing unredacted appeal book — Court appointing amici curiae in response to inclusion of redacted information — Preliminary legal questions raised regarding: role of amici curiae in underlying ex parte proceedings; whether amici curiae having power to cross-examine witnesses; whether amici curiae allowed to see withdrawn information, be informed of reasons for withdrawal — Role of amici curiae is to serve Court — Amicus curiae not acting on behalf of appellants but rather representing their interests — Role of amici curiae in appeals under SATA to assist Court in fulfilling its duties to ensure the fairest judicial process possible — This requiring robust mandate from designated judge — Amici curiae representing interests of appellants regarding disclosure of information under SATA, regarding impact of this information on reasonableness of decision to keep appellants on SATA list — Assuming substantial role — Tasked with arguing unreasonableness of Minister's decision under appeal during ex parte, in camera portions of appeal — Role of amici curiae not analogous to that of special advocate — Amici curiae not tasked with protecting interests of appellants or assuming functions of appellants' counsel during ex parte, in camera proceedings — Duty of amici curiae always with Court, not appellants — Limits imposed on communication between amici curiae, appellants to minimize risk of disclosure — Designated judge having to secure confidential information or other evidence in least intrusive manner possible — Rigid limits on two-way communication between amici curiae, appellants not preferable over exercise of thoughtful discretion — This discretion preserved herein — Amici curiae having access to confidential information, other evidence herein — Participation of amici curiae in creation of summaries of confidential information vital — Cross-examination of witnesses essential component of amici curiae's role but opportunity to cross-examine not absolute — Amici curiae allowed to see withdrawn information, reasons for withdrawal thereof.*

*présence d'un processus équitable et joue un rôle vigoureux et interventionniste, ce qui constitue une différence par rapport à l'appel ou à la demande de contrôle judiciaire classique — Il a l'obligation de donner à l'appelant et au ministre la possibilité d'être entendu — Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l'« étape » (volet relatif à la divulgation ou au fond) de l'appel — Le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l'instance et vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l'instance.*

*Pratique — Loi sur la sûreté des déplacements aériens — Rôle de l'amicus curiae — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — L'intimé a déposé pour chaque appel des dossiers d'appel caviardés et non caviardés — Pendant la préparation de ce dossier d'appel, il a retiré certains renseignements confidentiels — En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés, la Cour a nommé des amici curiae — Des questions de droit préliminaires ont été soulevées concernant : le rôle des amici curiae dans le cadre de l'instance ex parte sous-jacente; la question de savoir si les amici curiae ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir si les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels ils ont été retirés — L'amicus curiae a pour rôle de servir la Cour — Les amici curiae n'agissent pas pour le compte des appelants, mais ils représentent leurs intérêts — Le rôle des amici curiae dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible — Il s'agit d'une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux — Les amici curiae ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l'égard des questions de divulgation de renseignements sous le régime de la LSDA et quant à l'effet qu'ont ces renseignements sur le caractère raisonnable de la décision de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA — Ils jouent un rôle important — Ils ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel pendant les volets ex parte et à huis clos de l'appel — Le rôle des amici curiae n'est pas analogue à celui d'un avocat spécial — Les amici curiae n'ont pas pour tâche de protéger les intérêts des appelants ou d'assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l'instance ex parte et à huis clos — Leur devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants — Des limites sont imposées aux communications entre les amici curiae et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation — Le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible — Il est préférable d'exercer un pouvoir discrétionnaire judiciaire plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales entre les appelants et les amici curiae — Ce pouvoir*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information — SATA engaging similar Charter rights as Immigration and Refugee Protection Act.*

*Construction of Statutes — Respondent Minister denying appellants' applications for administrative recourse under Secure Air Travel Act (SATA), s. 15 — Those applications seeking removal of appellants as listed persons pursuant to SATA, s. 8 — Minister maintaining appellants' status as listed persons under SATA following review of information — Findings made by Supreme Court in Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) under Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) applicable to SATA's appeal scheme — IRPA, case law concerning IRPA may be drawn upon to facilitate interpreting SATA, appeal provisions.*

At issue herein was the preliminary determination of legal questions arising in underlying appeals from decisions of the respondent Minister denying the appellants' respective applications for administrative recourse under section 15 of the *Secure Air Travel Act* (SATA), which sought to remove them as listed persons pursuant to section 8 of SATA. The underlying appeals were the first under SATA.

The respondent advised the appellants that their status as listed persons under SATA would be maintained. Following a review of the classified and unclassified information provided, the respondent concluded that there were reasonable grounds to

*discrétionnaire a été préservé dans la présente affaire — Les amici curiae ont eu accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels — Il est indispensable que les amici curiae puissent prendre part à l'établissement des résumés des renseignements confidentiels — Le contre-interrogatoire des témoins est un élément essentiel du rôle des amici curiae, mais cette possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue — Les amici curiae sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA — La LSDA met en cause des droits garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.*

*Interprétation des lois — Le ministre intimé a rejeté les demandes de recours administratif présentées par les appelants en vertu de l'art. 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) — Ces demandes visaient à faire radier le nom des appelants de la liste des personnes inscrites en application de l'art. 8 de la LSDA — À la suite d'un examen des renseignements, le ministre a maintenu le statut de personnes inscrites des appelants sous le régime de la LSDA — Les conclusions tirées par la Cour suprême dans l'affaire Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) sous le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) s'appliquent également au régime d'appel de la LSDA — La LIPR ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte peuvent servir à faciliter l'interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d'appel.*

Était en litige en l'espèce des questions de droit préliminaires posées dans le cadre d'appels sous-jacents interjetés à l'encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par chacun des appelants en vertu de l'article 15 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l'article 8 de la LSDA. Les appels sous-jacents étaient les premiers interjetés sous le régime de la LSDA.

L'intimé a informé les appelants que leur statut de personnes inscrites sous le régime de la LSDA serait maintenu. À la suite d'un examen des renseignements confidentiels et non confidentiels fournis, l'intimé a conclu qu'il y avait des motifs

suspect that the appellants would engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences. The appellants submitted notices of appeal asking the Court to order the removal of their names from the list arguing, *inter alia*, that the respondent's decision was unreasonable. Following the filing of the notices of appeal, the Court ordered the respondent to serve and file a public appeal book for each appeal. These appeal books contained numerous redactions made by the respondent. Subsequently, it was ordered, on October 7, 2019, that the respondent file with the designated Federal Court registry an unredacted appeal book for each appeal, containing and clearly identifying the information that the respondent asserts could be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. While preparing this appeal book, the respondent withdrew certain classified information. In response to the inclusion of redacted information in the appeal books, two *amici curiae* were appointed in an order dated October 7, 2019. During an *ex parte* and *in camera* case management conference, the respondent and the *amici curiae* raised numerous legal issues regarding the withdrawn information, the role of the *amici curiae* in these appeals, the bifurcation of the appeals process between the "disclosure phase" and the "merits phase", and the role of the designated judge. A list of preliminary questions was subsequently endorsed by the Court. The respondent was of the opinion, *inter alia*, that section 16 of SATA provides for a two-stage procedure: a disclosure phase and a merits phase. The respondent argued that there is clear division between the role of the designated judge must assume in the disclosure phase of an appeal under SATA and the role of the designated judge must assume in the merits phase.

The bulk of the preliminary legal questions considered in the case at bar were: the role of the designated judge in an appeal pursuant to SATA; the role of the *amici curiae* in the *ex parte* proceedings and whether they have the power to cross-examine witnesses; whether the designated judge and the *amici curiae* should be allowed to see the withdrawn information and be informed of the reasons for which the respondent withdrew the information; whether the Federal Court, as a superior court of record, should retain a copy of the withdrawn information; and whether the scheme under section 16 of SATA allows for an *ex parte* hearing on the merits of the appeal.

*Held*, the role of the designated judge in SATA appeals is that of a robust and interventionist "gatekeeper"; the role of the *amici curiae* is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals; the withdrawn information, and the reasons for its

raisonnables de soupçonner que les appelants participeraient ou tenteraient de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou se déplaceraient en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme. Les appelants ont déposé des avis d'appel demandant à la Cour d'ordonner que leurs noms soient radiés de la liste, faisant valoir notamment que la décision de l'intimé était déraisonnable. À la suite du dépôt des avis d'appel, la Cour a ordonné à l'intimé de signifier et de déposer pour chaque appel un dossier d'appel public. Ces dossiers d'appel contenaient de nombreux éléments caviardés par l'intimé. Par la suite, le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose auprès du greffe désigné de la Cour, et ce pour chaque appel, un dossier d'appel non caviardé contenant et identifiant clairement les renseignements qui, d'après lui, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués. Pendant la préparation de ce dossier d'appel, l'intimé a retiré certains renseignements confidentiels. En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés dans les dossiers d'appel, la Cour a nommé deux *amici curiae* dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019. Lors d'une conférence de gestion de l'instance tenue *ex parte* et à huis clos, l'intimé et les *amici curiae* ont soulevé de nombreuses questions de droit concernant les renseignements retirés, le rôle des *amici curiae* dans le cadre de ces appels, la disjonction du processus d'appel entre le « volet relatif à la divulgation » et le « volet relatif au fond », de même que le rôle du juge désigné. Une liste de questions préliminaires a par la suite été entérinée par la Cour. L'intimé a dit être d'avis notamment que l'article 16 de la LSDA prévoit une procédure en deux étapes : celle de la divulgation et celle du fond. Il a soutenu qu'il existe une distinction claire entre le rôle que le juge désigné doit jouer à l'étape de la divulgation d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA et le rôle qu'il est tenu de jouer à l'étape du fond.

Le gros des questions de droit préliminaires examinées dans le cadre de l'affaire étaient les suivantes : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA; le rôle des *amici curiae* dans le cadre de l'instance *ex parte* et la question de savoir s'ils ont le pouvoir de contre-interroger des témoins; la question de savoir s'il faudrait que le juge désigné et les *amici curiae* soient autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels l'intimé les a retirés; la question de savoir si la Cour fédérale, en tant que cour supérieure d'archives, devrait conserver une copie des renseignements retirés; et la question de savoir si le régime prévu à l'article 16 de la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* sur le fond de l'appel.

*Arrêt* : le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » vigoureux et interventionniste; le rôle des *amici curiae* est d'aider la Cour en représentant les intérêts des appelants lors des volets *ex parte* et à huis clos des appels; les renseignements retirés, ainsi que



withdrawal, must be provided to the designated judge and the *amici curiae*; an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is called for in appeals under the SATA.

The role of the designated judge in appeals under SATA is that of a “gatekeeper” vested in not only ensuring the reasonableness of the Minister’s decision but also a fair process that respects the fundamental rights and freedoms of the appellant while simultaneously securing the confidentiality of certain information in the interest of national security. In national security matters, the overarching role of the designated judge is to be the arbiter between the collective interest in national security and the rights and freedoms of individuals. The designated judge’s overall judicial duty is to reconcile this tension to ensure procedural fairness and the proper administration of justice while still protecting the exceptional collective interest in the secrecy of information and evidence in this context. The designated judge must take all the alternative measures available within the limits of their relevant statutory and inherent powers to give effect to an individual’s right to a fair judicial process in the circumstances. This will vary from one legislative scheme to the next. Should the active interventions of the designated judge alone be unable to ensure these fundamental components of a fair judicial process, their overarching role as a gatekeeper might require them to appoint an *amicus curiae*. The appeal provisions under SATA put in place several limits on the appeal procedures in order to protect Canada’s national security interests. SATA assigns the designated judge the sole responsibility of deciding whether information or evidence meets the criterion to be kept confidential and must be heard *ex parte* and *in camera*. This duty requires a designated judge to assume a robust and interventionist role. Despite the need to keep certain information confidential from the public and the appellant, the designated judge still has the duty to “provide the appellant and the Minister with [a reasonable] opportunity to be heard”. Like an elastic, designated judges must stretch their statutory and inherent powers to ensure that as much disclosure is provided to the appellant while stopping short of the breaking point. The designated judge must assume their “gatekeeper” role at all times during the SATA appeal, including when assessing the reasonableness of the Minister’s decision. The power at subsection 16(5) of SATA to order that an appellant’s name be removed from the SATA list is indicative of Parliament’s intent of assigning designated judges a hands-on role. This jurisdiction to conclude differently from the Minister and “order the Minister” to remove the name of the appellant from the list is not an attribute of a conventional judicial review. The appeal before the designated judge is not necessarily based solely on the same record that was before the decision maker. This is an important difference between an appeal under SATA and a conventional appeal or judicial review to the Federal Court. The potential for a change in the record is indicative of an intent for the designated judge to undertake a

les raisons de leur retrait, doivent être fournis au juge désigné et aux *amici curiae*; une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision s’impose dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA.

Le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d’un « gardien » chargé non seulement de veiller au caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi à la présence d’un processus équitable qui respecte les droits et libertés fondamentaux de l’appellant, tout en préservant la confidentialité de certains renseignements dans l’intérêt de la sécurité nationale. En matière de sécurité nationale, le rôle fondamental que joue le juge désigné consiste à arbitrer le choc entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus. L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier cette tension pour assurer l’équité procédurale et la bonne administration de la justice, tout en continuant de protéger l’intérêt exceptionnel de la collectivité à l’égard du caractère secret des renseignements et des éléments de preuve dans ce contexte. Le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d’un individu à un processus judiciaire équitable dans les circonstances. Cela varie d’un régime législatif à l’autre. Si les interventions actives du juge désigné sont incapables à elles seules de garantir ces éléments fondamentaux d’un processus judiciaire équitable, le rôle général de gardien qu’il joue pourrait l’obliger à désigner un *amicus curiae*. Les dispositions en matière d’appel de la LSDA imposent plusieurs limites aux procédures d’appel de manière à protéger les intérêts du Canada sur le plan de la sécurité nationale. La LSDA attribue au juge désigné l’entière responsabilité de décider si des renseignements ou des éléments de preuve répondent au critère relatif à l’impératif de confidentialité et s’ils doivent être entendus *ex parte* et à huis clos. Il s’agit d’une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux et interventionniste. Malgré ce besoin de veiller à ce que certains renseignements ne soient pas communiqués au public et à l’appellant, le juge désigné a tout de même l’obligation de « donne[r] à l’appelant et au ministre la possibilité [raisonnable] d’être entendus ». Le juge désigné doit étirer comme un élastique ses pouvoirs inhérents et législatifs afin de faire en sorte que l’on communique le maximum de renseignements à l’appellant tout en s’arrêtant avant le point de rupture. Le juge désigné se doit de jouer en tout temps son rôle de « gardien » pendant l’appel interjeté sous le régime de la LSDA, et cela inclut le moment où il évalue le caractère raisonnable de la décision du ministre. Le pouvoir, attribué au paragraphe 16(5) de la LSDA, d’ordonner que le nom d’un appellant soit radié de la liste de la LSDA, dénote l’intention du législateur d’attribuer aux juges désignés un rôle pratique. Ce pouvoir d’arriver à une conclusion différente de celle du ministre et d’« ordonner au ministre » de radier le nom de l’appellant de la liste n’est pas un attribut d’un contrôle judiciaire

non-deferential role, as a different record requires a designated judge to reassess afresh the evidence grounding a decision according to this change. The designated judge must be an active participant in an appeal under SATA, notably given the fact that, in ensuring that this evidence is “reliable and appropriate”, the designated judge is additionally responsible for considering evidence that may not be admissible in a court of law and may not be disclosed to the appellant due to national security reasons. The role of the judge does not differ according to the “phase” of the appeal and the word “reasonableness” at subsection 16(4) does not signal that the designated judge should assume a deferential role when assessing the merits of the appeal, similar to the role assumed by a judge in a conventional judicial review. First, there is no indication in SATA of an intent to divide the proceedings or the role of the judge into two separate phases. There is no indication that Parliament intended to erode the designated judge’s discretion to fashion a fair judicial process according to the circumstances of the case and notably the type of confidential information being submitted. Second, the deference owed by the designated judge is based on the circumstances. In the context of national security where one party is denied full disclosure and full participation, this requires the judge to assume an “active” and “non-deferential role” at all stages of the proceedings (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*). These findings made in the context of certificate cases under the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) are applicable to SATA’s appeal scheme as well. Designated judges in appeals under SATA must actively involve themselves in testing the evidence presented by the Minister all throughout the *ex parte* and *in camera* proceedings, including questioning the witnesses before the Court in *ex parte* and *in camera* proceedings. While the legislative schemes of SATA and IRPA should not be viewed as identical as they have different purposes and distinctive traits, this does not mean that IRPA, and the case law concerning it, cannot be drawn upon to facilitate interpreting SATA and its appeal provisions. SATA appears to engage similar Charter rights as IRPA, notably rights guaranteed in section 7 of the Charter. Despite some differences, the role assigned to the judge in both IRPA and SATA is overall similar. Although both legislative schemes may serve different purposes, in each case the designated judge is called upon to adjudicate in an environment where the concerned individual is denied full participation and full disclosure for national security reasons. This in itself is exceptional. Therefore, the role of the designated judge must be adjusted, relative to the conventional role assumed during judicial reviews, so that a fair judicial process may be possible. The differences between these legislative schemes does not diminish in any way the role the designated judge must assume.

classique. L’appel interjeté devant le juge désigné n’est pas nécessairement fondé uniquement sur le même dossier que celui dont disposait le décideur. C’est là une différence marquante entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un appel ou une demande de contrôle judiciaire classique que l’on dépose devant la Cour fédérale. La possibilité de faire un changement dans le dossier dénote l’intention que le juge désigné puisse jouer un rôle non empreint de retenue, car un dossier différent exige que le juge désigné réexamine les éléments de preuve sur lesquels repose une décision en fonction de ce changement. Le juge désigné doit participer de manière active aux appels interjetés sous le régime de la LSDA, compte tenu notamment du fait que, pour s’assurer que ces éléments de preuve sont « digne[s] de foi et utile[s] », le juge désigné est en outre chargé de prendre en considération des éléments de preuve qui ne sont peut-être pas admissibles devant une cour de justice et peuvent ne pas être communiqués à l’appellant pour des raisons de sécurité nationale. Le rôle du juge ne diffère pas en fonction de l’« étape » de l’appel et le mot « raisonnable », au paragraphe 16(4), n’indique pas que le juge désigné doit faire preuve de retenue quand il évalue le fond de l’appel, comme le ferait un juge dans le cadre d’un contrôle judiciaire classique. Premièrement, rien dans la LSDA n’indique une intention de scinder en deux étapes distinctes l’instance ou le rôle du juge. Rien n’indique que le législateur entendait miner le pouvoir discrétionnaire qu’a le juge désigné de concevoir un processus judiciaire équitable en fonction des circonstances de l’affaire et, notamment, le genre de renseignements confidentiels produits. Deuxièmement, la retenue dont le juge désigné doit faire preuve est fondée sur les circonstances. Dans le contexte de la sécurité nationale, où une partie se voit privée d’une divulgation et d’une participation pleines et entières, le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*). Ces conclusions, tirées dans le contexte d’affaires relatives à un certificat de sécurité sous le régime de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), s’appliquent également au régime d’appel de la LSDA. Dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, les juges désignés doivent s’occuper activement de vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l’instance *ex parte* et à huis clos, ce qui inclut l’interrogation des témoins devant la Cour. Il ne faudrait pas considérer que les régimes législatifs de la LSDA et de la LIPR sont identiques, car ils ont des objets différents et des caractéristiques distinctives, mais cela ne veut pas dire que la LIPR ainsi que la jurisprudence qui s’y rapporte ne peuvent pas servir à faciliter l’interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d’appel. La LSDA semble mettre en cause des droits garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la LIPR, notamment ceux garantis à l’article 7 de la Charte. Malgré quelques différences, le rôle que confient au juge la LIPR et la LSDA est, de façon générale, semblable. Bien que les deux régimes législatifs puissent servir à des fins différentes, dans chaque

In essence, the role of an *amicus curiae* is to serve the Court. In the context of national security, the *amicus curiae*'s mandate remains to be sculpted by the respective judge who appoints them. The designated judge's inherent powers to appoint an *amicus curiae* and craft their mandate according to the circumstances do not permit the designated judge to assign the *amici curiae* a mandate that would have them act "on behalf" of the appellants. However, the inherent powers permit the designated judge to assign them a mandate to "represent the interests" of the appellants. "Representing the interests" of an appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of an appeal is still compatible with the inherent limits on the role of the *amicus curiae* as this is consistent with what is said in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, and consistent with the role often assigned by the Supreme Court of Canada to *amici curiae* pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*. The appointment of an *amicus curiae* under SATA is consistent with the implied intention of the statutory duties assigned to a designated judge in section 16 of SATA. Given that role, and the absence of the appellant and their counsel during *ex parte* and *in camera* hearings on the confidential information or evidence, the appointment of an *amicus curiae* is implicitly required to allow the judge to fulfill their duties. The appointment of an *amicus curiae* in an appeal under SATA is not only consistent with a harmonious reading of the statutory procedures for appeals under subsection 16(6) of SATA, but is also consistent with its object as well as Parliament's intent. The *amici curiae*'s role in these appeals under SATA is to assist the Court in fulfilling its duties: the review of the reasonableness of the Minister's decision in a manner that ensures the appellants are afforded a fair judicial process within the limits on disclosure and participation that have been imposed by SATA in the interest of national security. This requires the designated judge to assign the *amici curiae* a robust mandate in order to ensure the fairest judicial process possible within the judge's statutory and inherent powers. First, the *amici curiae* are tasked with representing the interests of the appellants with regard to issues of disclosure of information or evidence under SATA. Second, should the circumstances require that some information or other evidence remain confidential pursuant to the limits of SATA, the role of the *amici curiae* is to represent the interests of the appellants with regard to the impact of this information or other evidence on the reasonableness of the Minister's decision to keep the appellants on the SATA

cas le juge désigné est appelé à rendre une décision dans un contexte où la personne visée est privée d'une participation et d'une divulgation pleines et entières pour des raisons de sécurité nationale. Ce fait en soi est exceptionnel. Par conséquent, le rôle du juge désigné doit être rajusté par rapport au rôle classique qui est joué lors d'un contrôle judiciaire de façon que le processus judiciaire puisse être équitable. La différence entre ces régimes législatifs n'amointrit nullement le rôle que doit jouer le juge désigné.

L'*amicus curiae* a essentiellement pour rôle de servir la Cour. Dans le contexte de la sécurité nationale, c'est au juge qui nomme l'*amicus curiae* qu'il appartient de structurer le mandat de ce dernier. Les pouvoirs inhérents dont le juge désigné dispose pour nommer un *amicus curiae* et structurer son mandat en fonction des circonstances ne lui permettent pas d'attribuer aux *amici curiae* un mandat qui les amènerait à agir « pour le compte » des appelants. Cependant, ces pouvoirs inhérents permettent au juge désigné de leur attribuer le mandat de « représenter les intérêts » des appelants. Le fait de « représenter les intérêts » d'un appellant lors des parties *ex parte* et à huis clos d'un appel est encore compatible avec les limites inhérentes du rôle de l'*amicus curiae*, car cela concorde avec ce qui est dit dans la décision *Canada (Procureur général) c. Telbani*, et avec le rôle qu'attribue souvent la Cour suprême du Canada aux *amici curiae*, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*. La nomination d'un *amicus curiae* sous le régime de la LSDA est une mesure qui est compatible avec l'objet implicite des obligations légales qu'attribue au juge désigné l'article 16 de la LSDA. Vu ce rôle et l'absence de l'appellant et de son avocat lors des audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels, la nomination d'un *amicus curiae* est implicitement exigée pour que le juge puisse s'acquitter de ses fonctions. La nomination d'un *amicus curiae* dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA est compatible non seulement avec une interprétation harmonieuse des dispositions législatives en matière d'appel que prévoit le paragraphe 16(6) de la LSDA, mais aussi avec l'objet de cette dernière et avec l'intention du législateur. Le rôle des *amici curiae* dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations : examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre d'une manière qui garantit que l'on procure aux appelants un processus judiciaire équitable dans les limites qu'impose la LSDA au processus de divulgation et de participation dans l'intérêt de la sécurité nationale. Cela oblige le juge désigné à attribuer un mandat vigoureux aux *amici curiae* afin de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible dans les limites des pouvoirs inhérents et législatifs qui sont conférés au juge. Premièrement, les *amici curiae* ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l'égard de questions de divulgation de renseignements ou d'éléments de preuve sous le régime de la LSDA. Deuxièmement, si les circonstances viennent à exiger que certains renseignements ou autres



list. The *amici curiae* are called upon to assume a substantial role. The *amici curiae* are tasked with arguing the unreasonableness of the Minister's decision under appeal, in a manner that is complementary to the appellants' position on the public evidence, based on the confidential information and evidence, during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal. This is essential in permitting the designated judge to ground their decision on the facts and the law. Overall, the roles assigned to the *amici curiae* go beyond the roles assigned to the *amici curiae* in *Telbani* and share many similarities with the role of a special advocate. This is due to the difference in circumstances and notably the absence of a considerable discretionary power to disclose information or other evidence if, in the judge's opinion, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. The role of the *amici curiae* assigned in the October 7, 2019, order must not be read as analogous to a special advocate—the *amici curiae* remain friends of the Court and have no solicitor-client relationship privilege with the appellants. As such, the *amici curiae* are not tasked with protecting the interests of the appellants and assuming the functions of the appellants' counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. In sum, although representing the interests of the appellants before this Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal is the way in which the *amici curiae* assist the designated judge in fulfilling their duties to ensure a fair judicial process in the circumstances and to decide the reasonableness of the Minister's decision, the *amici curiae* must exercise this role in accordance with their inherent role of assisting the Court; their duty is always to the Court and not the appellants. It is essential that the Court sculpt a mandate that permits a free-flowing exchange between the appellants, their counsel, and the *amici curiae*. As *SATA* imposes limits on full disclosure, certain limits must be imposed on the communication between the *amici curiae* and the appellants to minimize serious risk of disclosure. These limits are inevitable. However, given the importance of meaningful communication between the appellants and the *amici curiae*, a designated judge must seek to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible. Preserving the designated judge's discretion to permit future two-way communication between the appellants and their counsel with the *amici curiae* following their access to the confidential information or other evidence is essential as is exercising this discretion in a cautious but liberal manner. Rigid limits on two-way communication must not be preferred over the exercise of thoughtful discretion. This is why this discretion was preserved in the October 7, 2019, order. This order appointing the *amici curiae* provides that they have access to the confidential information and other evidence in the appeals herein. This broad access is vital in allowing the *amici curiae* to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. It would likely require extremely exceptional circumstances to justify not permitting an *amicus curiae* to view certain confidential information. *SATA* pushes

éléments de preuve demeurent confidentiels conformément aux limites qu'impose la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à représenter les intérêts des appelants quant à l'effet qu'ont ces renseignements ou ces autres éléments de preuve sur le caractère raisonnable de la décision du ministre de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA. Les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle important. Les *amici curiae* ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel d'une manière qui complète la position des appelants au sujet des éléments de preuve publics, en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve confidentiels, pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel. Ce rôle est essentiel pour permettre au juge désigné de fonder sa décision sur les faits et le droit applicables. Dans l'ensemble, les rôles attribués aux *amici curiae* vont au-delà des rôles attribués aux *amici curiae* dans l'affaire *Telbani*, et ils comportent de nombreuses similitudes avec le rôle d'un avocat spécial. Cela est dû aux situations différentes et notamment à l'absence d'un pouvoir discrétionnaire considérable permettant au juge d'autoriser la divulgation des renseignements ou d'autres éléments de preuve s'il estime que l'intérêt public à l'égard de la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à l'égard de la non-divulgation. Le rôle attribué aux *amici curiae* dans l'ordonnance datée du 7 octobre 2019 ne doit pas être considéré comme analogue à celui d'un avocat spécial — les *amici curiae* demeurent des amis de la cour et ils n'ont aucun privilège avocat-client avec les appelants. Cela étant, les *amici curiae* n'ont pas pour tâche de protéger les intérêts des appelants et d'assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l'instance *ex parte* et à huis clos. En résumé, même si en représentant les intérêts des appelants devant notre Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel les *amici curiae* aident le juge désigné à s'acquitter de ses obligations d'assurer un processus judiciaire équitable dans les circonstances et de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, les *amici curiae* sont tenus d'exercer ce rôle en accord avec leur rôle inhérent, qui consiste à aider la Cour, et leur devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants. Il est essentiel que la Cour conçoive un mandat qui autorise les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* à s'échanger librement des informations. Étant donné que le LSDA impose des limites à la divulgation complète, il est nécessaire d'imposer certaines limites aux communications entre les *amici curiae* et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation. Ces limites sont inévitables. Cependant, vu l'importance de communications constructives entre les appelants et les *amici curiae*, le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible. Il est essentiel que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d'autoriser toute communication bilatérale entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* après que ces derniers ont eu accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels soit préservé et qu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire de manière prudente, mais libérale. Il est préférable

the designated judge onto a tightrope where they must summarize confidential information in a manner that does not include the elements of this information that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. These summaries are the most powerful tool at the designated judge's disposal. Consequently, the *amici curiae's* participation in the creation of these summaries is vital.

The *amici curiae* should have the opportunity to cross-examine the witnesses on aspects relating to the merits of the appeals. This is an essential component of their role. The Court's role as a "gatekeeper" allows it to impose restrictions on this power to cross-examine should the *amici curiae's* cross-examination go beyond assisting the Court in fulfilling its duties. Parliament could not have intended to rely on the designated judge's discretion to appoint an *amicus curiae* as a means of ensuring a fair judicial process while simultaneously intending to limit the designated judge's discretion to confer a mandate to an *amicus curiae* that includes the ability to fully cross-examine witnesses during *ex parte* and *in camera* hearings. As the *ex parte* and *in camera* proceedings evolve, it is the duty of the *amici curiae* to exercise, when opportune, their power to cross-examine in order to represent the interests of the appellants. However, the opportunity to cross-examine is not absolute and must be used astutely and professionally; it is therefore subject to the respondent's prerogative to make objections, which then calls for a ruling by the designated judge. The *amici curiae* must be given the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses concerning the information or other evidence presented to support the respondent's confidentiality claims. A reading of SATA that prohibits the designated judge from assigning the ability to cross-examine the respondent's witnesses to the *amici curiae* is inconsistent with SATA's overall object of balancing the national security interest in secrecy with an individual's rights and freedoms, a legislative scheme that largely relies on its appeal mechanism to achieve this balance. Such limits on cross-examination would render the appeal at section 16 of SATA hollow.

d'exercer un pouvoir discrétionnaire judicieux plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales. C'est la raison pour laquelle ce pouvoir discrétionnaire est préservé dans l'ordonnance du 7 octobre 2019. L'ordonnance nommant les *amici curiae* prévoit que ces derniers ont accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels. Ce vaste accès est essentiel pour permettre aux *amici curiae* d'aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Il faudrait vraisemblablement qu'il y ait des circonstances des plus exceptionnelles pour qu'il soit justifié d'interdire à un *amicus curiae* d'examiner certains renseignements confidentiels. La LSDA oblige le juge désigné à marcher sur une corde raide en le contraignant à résumer des renseignements confidentiels d'une manière qui n'inclut pas les éléments de ces renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Ces résumés sont l'outil le plus puissant dont dispose le juge désigné. Il est donc indispensable que les *amici curiae* puissent prendre part à l'établissement de ces résumés.

Les *amici curiae* devraient avoir la possibilité de contre-interroger les témoins sur des aspects qui se rapportent également au fond des appels. Il s'agit d'un élément essentiel de leur rôle. Le rôle de « gardien » de la Cour lui permet d'imposer des restrictions à ce pouvoir de contre-interroger les témoins advenant que le contre-interrogatoire que mènent les *amici curiae* dépasse le cadre consistant à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations. Le législateur ne pouvait avoir l'intention de se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de nommer un *amicus curiae* comme moyen d'assurer un processus judiciaire équitable tout en ayant simultanément l'intention de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de conférer à un *amicus curiae* un mandat qui comporte la capacité de contre-interroger pleinement des témoins lors d'audiences *ex parte* et à huis clos. À mesure qu'évoluent les procédures « *ex parte* » et « à huis clos », il incombe aux *amici curiae* d'exercer, au moment opportun, leur pouvoir de procéder à un contre-interrogatoire de manière à représenter les intérêts des appelants. Cependant, la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue et doit être utilisée de manière avisée et professionnelle; elle est donc assujettie à la prérogative qu'a l'intimé de formuler des objections, lesquelles appellent ensuite une décision de la part du juge désigné. Il y a lieu de donner aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet des renseignements ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui des revendications de confidentialité de ce dernier. Une interprétation de la LSDA qui interdit au juge désigné d'attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger les témoins de l'intimé est incompatible avec l'objet général de cette loi, qui consiste à mettre en balance l'intérêt en matière de secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés individuels, un régime législatif qui se fonde en grande partie

The designated judge and the *amici curiae* are allowed to see withdrawn information and be provided with the reasons for its withdrawal. SATA does not restrict the designated judge, or the *amici curiae*, from seeing this withdrawn information or being informed of its withdrawal; it requires the Court to ensure its confidentiality. The Court must seek to preserve an accurate historical record of these appeals. This includes any withdrawn information or evidence seeing as it could have an impact on the other information or evidence relied upon in these appeals.

Finally, an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is permitted under SATA. The purpose of an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to permit the designated judge to hear and actively probe confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable.

sur son mécanisme d'appel pour réaliser cet équilibre. De telles limites au contre-interrogatoire videraient de son sens l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA.

Le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été. La LSDA n'empêche pas le juge désigné, ou les *amici curiae*, de consulter les renseignements retirés ou d'être informés de leur retrait; elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité. La Cour doit conserver l'historique exact des dossiers des présents appels. Tous les renseignements ou éléments de preuve retirés sont notamment visés, car ils pourraient avoir une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve invoqués dans les présents appels.

Enfin, il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision. Une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond d'une décision a pour objet de permettre au juge désigné d'entendre et d'analyser en détail des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que les observations relatives à ces renseignements, de façon à déterminer si la décision du ministre était raisonnable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2.  
*Anti-Terrorism Act*, 2015, S.C. 2015, c. 20.  
*Canada Evidence Act*, R.C.S., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06(2).  
*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(a),(b)(d), 6, 7, 11(d).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 18.1, 21.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 4.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 63(1)(e), 343.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h)(i),(2)(g),(h),(3)(d),(f), 78, 79, 79.1(1), 83, 85.1(1), 85.2(c), 87.  
*National Security Act, 2017*, S.C. 2019, c. 13, preamble.  
*Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11, ss. 4(1), 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13(a), 15, 16, 17, 20.  
*Secure Air Travel Regulations*, SOR/2015-181, ss. 5(1),(2),(3).  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 53(7).

#### 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, 2a),b),d), 6, 7, 11d).  
*Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20.  
*Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13, préambule.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 53(7).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.06(2).  
*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11, art. 4(1), 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13a), 15, 16, 17, 20.  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.1, 21.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)(h)(i),(2)(g),h),(3)(d),f), 78, 79, 79.1(1), 83, 85.1(1), 85.2(c), 87.  
*Règlement sur la sûreté des déplacements aériens*, DORS/2015-181, art. 5(1),(2),(3).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 63(1)(e), 343.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Huang*, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87; *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333.

## CONSIDERED:

*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, (1993), 109 D.L.R. (4th) 478; *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477; *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277; *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197; *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129; *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337, (1989), 48 C.C.C. (3d) 38; *R. v. Lytle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193.

## REFERRED TO:

*Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 208; *Radio-television and Telecommunications Commission*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471; *Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635; *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast v. Canada (Department of Finance)*, [1999] 2 F.C. 381, (1998), 159 F.T.R. 129 (T.D.); *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, (1994), 115 D.L.R. (4th) 449; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, (1995), O.R. (3d) 160; *Ader v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 105; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 54, 331 D.L.R. (4th) 703; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, aff'd 2007 FCA 388, [2008] 4 F.C.R. 3; *Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23 (Re)*, 2018 FCA 207; *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684; *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241,

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Canada (Procureur général) c. Telbani*, 2014 CF 1050; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306 *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Huang*, 2018 CAF 109; *Article 18.1 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, tel que modifié (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477; *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243; *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277; *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197; *Harkat (Re)*, 2009 CF 340; *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337; *R. c. Lytle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 208; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781; *Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635; *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Canada (Ministère des Finances)*, [1999] 2 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.); *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Ader c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 105; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 54; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, conf. par 2007 CAF 388, [2008] 4 R.C.F. 3; *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207; *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567; *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684; *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251; *Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*,

[2012] 3 F.C.R. 251; *Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 450; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 1030, [2010] 4 F.C.R. 448; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3.

2020 CF 450; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030, [2010] 4 R.C.F. 448; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3.

## AUTHORS CITED

Binnie, Ian. “*Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism*” (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004).

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. Parliament. *Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., Vol. 149, No. 142 (14 May 2015).

Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Evidence*, 42nd Parl., 1st Sess., No. 90 (7 December 2017).

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Security and Defence*, 42nd Parl., 1st Sess., No. 40 (10 April 2019).

Dickens, B. M. “A Canadian Development: Non-Party Intervention”, [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666.

Mohan, S. Chandra. “The Amicus Curiae: Friends No More?”, [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

*Osborn’s Concise Dictionary*, 12th ed. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2013, “court of record”.

*Oxford Dictionary of Law*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, “court of record”.

Schmitz, Cristin. “Chief Justice shows where line is drawn” *Lawyers Daily* (2 July 2015).

PRELIMINARY DETERMINATION of legal questions arising in underlying appeals from decisions of the respondent Minister denying the appellants’ respective applications for administrative recourse under section 15 of the *Secure Air Travel Act*, which sought to remove them as listed persons pursuant to section 8 thereof. Questions answered, order dated October 7, 2019, appointing *amici curiae* amended accordingly.

## APPEARANCES

*Karin Blok* and *Eric Purtzki* for appellant  
Bhagat Singh Brar.

## DOCTRINE CITÉE

Binnie, Ian. « *Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism* » (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004).

Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.

Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Témoignages*, 42<sup>e</sup> lég. 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 90 (7 décembre 2017).

Canada. Parlement. *Débats du Sénat*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 149, fascicule n° 142 (14 mai 2015).

Canada. Parlement. Sénat. *Délibération du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 40 (10 avril 2019).

Dickens, B. M. « A Canadian Development : Non-Party Intervention », [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666.

Mohan, S. Chandra. «The Amicus Curiae : Friends No More? », [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

*Osborn’s Concise Dictionary*, 12<sup>e</sup> éd. Sweet & Maxwell : Thomson Reuters, 2013, « cour d’archives ».

*Oxford Dictionary of Law*, 5<sup>e</sup> éd. Oxford : Oxford University Press, 2002, « cour d’archives ».

Schmitz, Christin. « Chief Justice shows where line is drawn » *Lawyers Daily* (2 juillet 2015).

DÉCISION PRÉLIMINAIRE portant sur des questions de droit posées dans le cadre d’appels sous-jacents interjetés à l’encontre des décisions prises par le ministre intimé de rejeter les demandes de recours administratif présentées par chacun des appelants en vertu de l’article 15 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens (LSDA) pour faire radier leurs noms de la liste des personnes inscrites en application de l’article 8 de la LSDA. Il a été répondu aux questions et l’ordonnance du 7 octobre 2019 nommant des *amici curiae* a été modifiée en conséquence.

## ONT COMPARU :

*Karin Blok* et *Eric Purtzki* pour l’appelant  
Bhagat Singh Brar.



*Rebecca McConchie, Chantelle van Wiltenburg and Sadaf Kashfi* for appellant Parvkar Singh Dulai.

*Colin Baxter and Gib van Ert as amici curiae. Nathalie Benoit, Maria Barrett-Morris and Helen Park* for respondent.

*Rebecca McConchie, Chantelle van Wiltenburg et Sadaf Kashfi* pour l'appellant Parvkar Singh Dulai.

*Colin Baxter et Gib van Ert à titre d'amici curiae. Nathalie Benoit, Maria Barrett-Morris et Helen Park* pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD

*Fowler and Blok Criminal Defence Lawyers*, Vancouver, for appellant Bhagat Singh Brar.  
*Peck and Company and Millar & Hayes PC*, Vancouver, for appellant Parvkar Singh Dulai.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Fowler and Blok Criminal Defence Lawyers*, Vancouver, pour l'appelant Bhagat Singh Brar.  
*Peck and Company et Millar & Hayes PC*, Vancouver, pour l'appelant Parvkar Singh Dulai.  
*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intimé.

*The following are the reasons rendered in English by*

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

NOËL J.:

LE JUGE NOËL :

ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. OVERVIEW.....	1	I. SURVOL.....	1
II. FACTS .....	7	II. LES FAITS.....	7
A. MR. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19).....	9	A. M. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19).....	9
B. MR. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19).....	16	B. M. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19).....	16
C. APPEALS BEFORE THIS COURT .....	22	C. LES APPELS INTERJETÉS DEVANT NOTRE COUR .....	22
(1) Redacted Information and Evidence .....	22	1) Les renseignements et les élé- ments de preuve caviardés .....	22
(2) <i>Amici Curiae</i> .....	25	2) Les <i>amici curiae</i> .....	25
(3) Preliminary Legal Issues .....	27	3) Les questions de droit préliminaires.....	27
III. PRELIMINARY LEGAL QUESTIONS .....	29	III. LES QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES .....	29
IV. ARGUMENTS.....	30	IV. LES ARGUMENTS INVOQUÉS .....	30
A. R E S P O N D E N T ' S R E P R E S E N T A T I O N S .....	30	A. LES OBSERVATIONS DE L'INTIMÉ .....	30
(1) Role of the Designated Judge....	31	1) Le rôle du juge désigné.....	31
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	33	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	33
(3) Withdrawal of Information....	36	3) Le retrait de renseignements....	36

(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	37	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond.....	37
B. MR. BHAGAT SINGH BRAR'S REPRESENTATIONS .....	38	B. LES OBSERVATIONS DE M. BHAGAT SINGH BRAR.....	38
(1) Role of the Designated Judge....	39	1) Le rôle du juge désigné.....	39
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	41	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	41
(3) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	43	3) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	43
C. MR. PARVKAR SINGH DULAI'S REPRESENTATIONS.....	44	C. LES OBSERVATIONS DE M. PARVKAR SINGH DULAI....	44
(1) Role of the Designated Judge.....	45	1) Le rôle du juge désigné.....	45
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	47	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	47
(3) Withdrawal of Information.....	50	3) Le retrait de renseignements...	50
(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	51	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	51
D. REPRESENTATIONS OF THE <i>AMICI CURIAE</i> .....	52	D. LES OBSERVATIONS DES <i>AMICI CURIAE</i> .....	52
(1) Role of the Designated Judge.....	53	1) Le rôle du juge désigné.....	53
(2) Role of the <i>Amici Curiae</i> .....	54	2) Le rôle des <i>amici curiae</i> .....	54
(3) Withdrawal of Information.....	56	3) Le retrait des renseignements ...	56
(4) <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits...	57	4) L'audience <i>ex parte</i> sur le fond .....	57
V. ANALYSIS .....	58	V. ANALYSE .....	58
A. REVIEW AND ANALYSIS OF THE SATA .....	58	A. EXAMEN ET ANALYSE DE LA LSDA .....	58
(1) Context and Legislative Object of the SATA.....	60	1) Le contexte et l'objet législatif de la LSDA.....	60
(2) Operation of the SATA .....	68	2) L'application de la LSDA.....	68
(3) Appeal Provisions of the SATA...	80	3) Les dispositions en matière d'appel de la LSDA.....	80
B. ROLE OF THE DESIGNATED JUDGE.....	89	B. LE RÔLE DU JUGE DÉSIGNÉ...	89
(1) Overview of Jurisprudence Regarding the Role of the Designated Judge.....	93	1) Survol de la jurisprudence relative au rôle du juge désigné...	93
(2) Role in Appeal under the SATA.....	105	2) Le rôle joué dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA.....	105
(3) Similarities Between the IRPA and the SATA.....	128	3) Les similitudes entre la LIPR et la LSDA.....	128
C. THE ROLE OF THE <i>AMICI CURIAE</i> —A COMPLEMENT TO THE DESIGNATED JUDGE. ....	140	C. LE RÔLE DES <i>AMICI CURIAE</i> — COMPLÉMENTS DU JUGE DÉSIGNÉ .....	140
(1) Third-Party Counsel in <i>Ex Parte</i> and <i>In Camera</i> Proceedings .....	144	1) Les avocats tiers dans les instances <i>ex parte</i> et à huis clos...	144

(2) The <i>Amicus Curiae</i> and the Inherent Jurisdiction of the Court .....	151	2) Les <i>amicus curiae</i> et la compétence inhérente de la Cour...	151
(3) Differences Between Role of the Special Advocate and the <i>Amicus Curiae</i> .....	172	3) Les différences entre le rôle de l'avocat spécial et celui de l' <i>amicus curiae</i> .....	172
(4) Appointment, Role, and Powers of the <i>Amici Curiae</i> .....	178	4) La nomination, le rôle et les pouvoirs des <i>amici curiae</i> .....	178
D. WITHDRAWAL OF INFORMATION.....	247	D. LE RETRAIT DE RENSEIGNEMENTS.....	247
(1) Access to Withdrawn Information and Reasons for Withdrawal .....	250	1) L'accès aux renseignements retirés et les raisons du retrait...	250
(2) Retention of Copy of Withdrawn Information.....	256	2) La conservation d'une copie des renseignements retirés.....	256
(3) Steps to Be Taken to Secure the Withdrawn Information...	258	3) Les mesures à prendre pour sécuriser les renseignements retirés.....	258
E. <i>EX PARTE</i> HEARING ON THE MERITS.....	260	E. L'AUDIENCE <i>EX PARTE</i> SUR LE FOND DE LA DÉCISION ...	260
VI. CONCLUSION.....	263	VI. CONCLUSION.....	263

## I. OVERVIEW

[1] At the core of a government's responsibilities is assuring the security of its citizens. As citizens, this is the principal consideration for which, in return, we provide political legitimacy; it is the underpinning of the social contract to which we adhere. However, in a constitutional democracy, governments are not afforded absolute power. They must act in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. Inevitably, this creates a constant tension between the rights of individuals and the collective interest in security. See *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui I*), at paragraph 1.

[2] This tension is acutely present in the context of national security where government is assigned the uneasy task of balancing the active prevention of harm to the security of Canada and Canadians with ensuring that the rights and liberties of individuals it perceives as potential threats are not violated in a way that cannot be justified in a free and democratic society. It is a unique context

## I. SURVOL

[1] L'une des responsabilités fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour nous citoyens, il s'agit du principal aspect pour lequel, en contrepartie, nous lui assurons une légitimité politique; il s'agit du fondement du contrat social auquel nous adhérons. Toutefois, dans une démocratie constitutionnelle, les gouvernements ne jouissent pas d'un pouvoir absolu. Ils doivent agir d'une manière conforme à la Constitution de même qu'aux droits et aux libertés que celle-ci garantit. Forcément, cela crée une tension constante entre les droits des particuliers et l'intérêt de la collectivité à l'égard de la sécurité. Voir l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (arrêt *Charkaoui I*), au paragraphe 1.

[2] Cette tension se fait vivement sentir dans le contexte de la sécurité nationale, où le gouvernement se voit confier la tâche ardue de mettre en balance la prévention active de toute atteinte à la sécurité du Canada et des Canadiens et la nécessité de veiller à ce que les droits et libertés des particuliers qu'il perçoit comme d'éventuelles menaces ne soient pas violés d'une manière qui ne peut se justifier

that puts extraordinary pressure on our fundamental constitutional principles. This is because there is an exceptional collective interest in maintaining the secrecy of information or evidence in this context that inherently clashes with the open court principle and standard notions of procedural fairness.

[3] These clashing interests are largely at the core of the preliminary legal questions this Court is tasked with answering in these first two appeals pursuant to section 16 of the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11 (SATA). In particular, the Court must address in this decision: the role of the designated judge in appeals under the SATA, the role and powers of the *amici curiae* in these appeals, the procedure applicable to the withdrawal of information by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) under the SATA, and the possibility and purpose of *ex parte* and *in camera* hearings on the merits under the SATA.

[4] As the analysis below will demonstrate, I perceive my role as a designated judge under the SATA to be twofold: (1) deciding upon the reasonableness of the Minister's decision; and (2) serving as an arbiter of what Justice Binnie described as the "clash of the titans" between national security and individual rights (Justice Ian Binnie, "Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism" (Hong Kong Conference in Criminal Law, 13 November 2004). In this latter regard, I must reconcile these competing interests in a manner that ensures the fairest judicial process possible within the parameters set by legislation and the Court's plenary power to control its own process. Accordingly, in these circumstances, my role as a designated judge compels me to appoint *amici curiae* with a robust interventionist mandate and powers that give as much effect as possible to the appellants' right to know and meet the case against them. This role as a designated judge under the SATA has also led me to conclude that the Court and the *amici curiae* should be given

au sein d'une société libre et démocratique. Ce contexte unique, qui exerce une pression extraordinaire sur nos principes constitutionnels fondamentaux, s'explique par le fait qu'il existe un intérêt collectif exceptionnel à l'égard du maintien dans ce contexte de la confidentialité de renseignements ou d'éléments de preuve qui, intrinsèquement, entre en conflit avec le principe de la transparence des procédures judiciaires et les notions ordinaires d'équité procédurale.

[3] Ces intérêts contradictoires se situent au cœur même des questions de droit préliminaires auxquelles notre Cour est chargée de répondre dans le cadre des deux présents appels, les premiers à être interjetés en vertu de l'article 16 de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA). Plus particulièrement, dans la présente décision, la Cour doit traiter des points suivants : le rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA, le rôle et les pouvoirs des *amici curiae* dans de tels appels, la procédure qui s'applique au retrait de renseignements par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) sous le régime de la LSDA, la possibilité de tenir des audiences *ex parte* et à huis clos sur le fond et l'objet de telles audiences sous le régime de la LSDA.

[4] Comme l'illustrera l'analyse qui suit, le rôle que je joue en tant que juge désigné sous le régime de la LSDA, tel que je le perçois, comporte deux volets : 1) me prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, et 2) arbitrer ce que le juge Binnie a décrit comme le [TRADUCTION] « choc des titans » entre la sécurité nationale et les droits individuels (le juge Ian Binnie, « Entrenched Rights in the Age of Counter-Terrorism » (Conférence de Hong Kong sur le droit criminel, 13 novembre 2004). À ce dernier égard, il me faut concilier ces intérêts contradictoires d'une manière qui assure le processus judiciaire le plus équitable qui soit, et ce, dans les limites fixées par la loi et le pouvoir plénier qu'a la Cour de contrôler ses propres règles de procédure. C'est donc dire que, dans ces circonstances, mon rôle de juge désigné me contraint à nommer des *amici curiae* investis d'un vigoureux mandat interventionniste et de solides pouvoirs qui donnent le plus possible effet au droit qu'ont les appelants de connaître la preuve qui pèse contre eux

access to the withdrawn material and the reasons for its withdrawal, and that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is possible should, in the judge's opinion, the circumstances require it.

[5] That being said, this decision does not answer the constitutional questions raised in the appellants' notices of appeal. Rather, the Court has considered the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter) in the course of crafting a judicial process within my statutory and inherent powers to decide upon the reasonableness of the Minister's decision and the constitutionality of the SATA scheme. Whether the judicial process I have fashioned according to circumstances and the limits of my powers is sufficient to ensure a fair judicial process is a question that this Court will hear later.

[6] As the reader will soon become aware, my analysis of these preliminary questions is rather lengthy. However, I believe an in-depth analysis of these preliminary questions is necessary given that these are the first two appeals under the SATA and that it has been several years since a thorough review of the role of the designated judge and the role of the *amicus curiae* in national security matters has been undertaken. Furthermore, these in-depth reasons ensure that all parties have a similar understanding of the pertinent legal landscape going forward in order to level the playing field.

## II. FACTS

[7] The appellants, Mr. Bhagat Singh Brar and Mr. Parvkar Singh Dulai, are both listed individuals pursuant to section 8 of the SATA. Accordingly, the Minister has deemed that reasonable grounds exist to suspect that each appellant will either "engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security" or "travel by air for the purpose of committing an act or omission that (i) is an offence under sections 83.18, 83.19

et d'y répondre. Ce rôle de juge désigné m'a aussi amené à conclure que la Cour et les *amici curiae* devraient avoir accès aux renseignements retirés ainsi qu'aux raisons de leur retrait, et qu'il est possible de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond si, de l'avis du juge, les circonstances l'exigent.

[5] Cela dit, la présente décision ne répond pas aux questions constitutionnelles qui sont soulevées dans les avis d'appel des appelants. La Cour a plutôt examiné les allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 1, 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) visant le processus judiciaire que j'ai élaboré sur le fondement des pouvoirs législatifs et inhérents dont je dispose pour me prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre et la constitutionnalité du régime de la LSDA. La Cour tiendra plus tard une audition sur la question de savoir si le processus judiciaire que j'ai conçu en fonction des circonstances et des limites de mes pouvoirs suffit pour garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable.

[6] Comme le constatera sous peu le lecteur, mon analyse de ces questions préliminaires est assez longue. Je crois toutefois qu'il est nécessaire de les analyser en profondeur parce qu'il s'agit des deux premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA et que, depuis plusieurs années, il n'y a pas eu d'examen approfondi du rôle que jouent le juge désigné et l'*amicus curiae* en matière de sécurité nationale. De plus, mes motifs détaillés garantissent que toutes les parties auront dorénavant une compréhension semblable du paysage juridique pertinent, ce qui uniformisera les règles du jeu.

## II. LES FAITS

[7] Les appelants, MM. Bhagat Singh Brar et Parvkar Singh Dulai, sont tous deux des personnes inscrites en application de l'article 8 de la LSDA. Le ministre a donc estimé qu'il existe des motifs raisonnables de soupçonner que chacun des appelants soit « participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports » soit « se déplacera en aéronef dans le but de commettre un fait — acte ou omission — qui (i) constitue



or 83.2 of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] or an offence referred to in paragraph (c) of the definition **terrorism offence** in section 2 of that Act, or (ii) if it were committed in Canada, would constitute an offence referred to in subparagraph (i).” See paragraphs 8(1)(a) and 8(1)(b) of the SATA.

[8] Both appellants remain listed under the SATA following the Minister’s decisions to deny their respective applications for administrative recourse under section 15 of the SATA, which sought to remove their names from the list. Consequently, the appellants have each brought a statutory appeal under section 16 of the SATA of the Minister’s decision to deny their respective applications for administrative recourse.

A. MR. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19)

[9] Mr. Brar appeals the Minister’s decision, dated December 21, 2018, to maintain his status as a listed person pursuant to section 15 of the SATA.

[10] On April 23, 2018, Mr. Brar’s name was included on the SATA list. The following day, he was denied boarding at the Vancouver International Airport. Mr. Brar was scheduled to take two flights that would have eventually transported him from Vancouver to Toronto.

[11] On June 2, 2018, Mr. Brar submitted an application for administrative recourse pursuant to section 15 of the SATA, which sought the removal of his name from the SATA list. Mr. Brar was provided with a two-page unclassified summary of the information before the Minister supporting the decision to place his name on the SATA list. Mr. Brar was further advised that the Minister would also consider further classified information when assessing his application under section 15 of the SATA. In addition, pursuant to subsection 15(4) of the SATA, Mr. Brar was provided with an opportunity to make written representations in response to the unclassified information disclosed to him.

[12] On December 21, 2018, the Minister advised Mr. Brar that his status as a listed person under the SATA would be maintained. Following a review of the

une infraction visée aux articles 83.18, 83.19 ou 83.2 du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] ou à l’alinéa c) de la définition d’**infraction de terrorisme** à l’article 2 de cette loi, ou (ii) s’il était commis au Canada, constituerait une des infractions mentionnées au sous-alinéa (i) ». Voir les alinéas 8(1)a) et 8(1)b) de la LSDA.

[8] Les deux appelants sont toujours inscrits sous le régime de la LSDA par suite des décisions qu’a prises le ministre de rejeter les demandes de recours administratif qu’ils ont présentées en vertu de l’article 15 de la LSDA pour faire radier leurs noms de la liste. Les appelants ont donc chacun interjeté appel en vertu de l’article 16 de la LSDA de la décision du ministre de rejeter leurs demandes respectives de recours administratif.

A. M. BHAGAT SINGH BRAR (T-669-19)

[9] M. Brar porte en appel la décision datée du 21 décembre 2018 par laquelle le ministre a maintenu son statut de personne inscrite en application de l’article 15 de la LSDA.

[10] Le 23 avril 2018, le nom de M. Brar a été inscrit sur la liste de la LSDA. Le lendemain, on l’a empêché d’embarquer à bord d’un aéronef à l’aéroport international de Vancouver. M. Brar était censé prendre deux vols qui l’auraient amené de Vancouver à Toronto.

[11] Le 2 juin 2018, M. Brar a présenté une demande de recours administratif en vertu de l’article 15 de la LSDA afin de faire radier son nom de la liste de la LSDA. Il a reçu un résumé non confidentiel, de deux pages, des renseignements qui avaient été présentés au ministre à l’appui de la décision d’inscrire son nom sur la liste de la LSDA. On l’a de plus informé que le ministre allait examiner aussi d’autres renseignements confidentiels pour évaluer la demande qu’il avait présentée en vertu de l’article 15 de la LSDA. De plus, conformément au paragraphe 15(4) de la LSDA, M. Brar a eu la possibilité de présenter des observations écrites en réponse aux renseignements non confidentiels qui lui ont été communiqués.

[12] Le 21 décembre 2018, le ministre a informé M. Brar que son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA serait maintenu. À la suite d’un examen des

classified and unclassified information provided, including Mr. Brar's written submissions, the Minister "concluded that there [were] reasonable grounds to suspect that [Mr. Brar] will engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences."

[13] On April 18, 2019, Mr. Brar filed a notice of appeal to this Court pursuant to subsection 16(2) of the SATA. In this notice of appeal, Mr. Brar asks this Court to order the removal of his name from the SATA list pursuant to subsection 16(5) of the SATA, or to order the remittance of the matter back to the Minister for redetermination. In addition, Mr. Brar also asks this Court to declare that sections 8, 15 and 16 as well as paragraph 9(1)(a) of the SATA are unconstitutional and therefore are of no force and effect or to read in such procedural safeguards to the SATA that are sufficient to cure any constitutional deficiencies.

[14] More specifically, Mr. Brar argues the following as the grounds of his appeal: (1) the Minister's decision was unreasonable; (2) section 8 and paragraph 9(1)(a) of the SATA infringe his rights pursuant to section 6 of the Charter in a manner that cannot be justified by section 1 of the Charter; (3) sections 15 and 16 of the SATA infringe his rights pursuant to section 7 of the Charter, notably his rights to liberty and security of the person; and (4) the procedures set out in the SATA violate his common law rights to procedural fairness seeing as the SATA deprives him of his right to know the case against him and the right to answer that case.

[15] In his notice of appeal, Mr. Brar requests that the respondent disclose all related material to his application for recourse, all related material to the Minister's decision to designate him as a listed person, all material before the Minister on the application for recourse, and all other materials relating to the Minister's decision to confirm his status as a listed person under the SATA.

renseignements confidentiels et non confidentiels fournis, dont les observations écrites de M. Brar, le ministre a [TRADUCTION] « conclu qu'il [y avait] des motifs raisonnables de soupçonner que [M. Brar] participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou se déplacera en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme ».

[13] Le 18 avril 2019, M. Brar a déposé auprès de notre Cour un avis d'appel conformément au paragraphe 16(2) de la LSDA. Dans cet avis, il demande à la Cour d'ordonner que son nom soit radié de la liste de la LSDA, en application du paragraphe 16(5) de la LSDA, ou de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision. Il demande aussi à la Cour de déclarer que les articles 8, 15 et 16 ainsi que l'alinéa 9(1)a) de la LSDA sont inconstitutionnels et donc inopérants ou de donner aux garanties procédurales de la LSDA une interprétation qui permette de remédier à tout vice constitutionnel.

[14] Plus précisément, M. Brar invoque les points suivants comme motifs d'appel : 1) la décision du ministre était déraisonnable, 2) l'article 8 et l'alinéa 9(1)a) de la LSDA portent atteinte aux droits que lui confère l'article 6 de la Charte, et ce, d'une manière qui ne saurait se justifier au sens de l'article premier de la Charte, 3) les articles 15 et 16 de la LSDA portent atteinte aux droits que lui confère l'article 7 de la Charte, notamment en matière de liberté et de sécurité de sa personne, et 4) les procédures énoncées dans la LSDA portent atteinte aux droits à l'équité procédurale que lui confère la common law, étant donné que la LSDA le prive du droit de connaître la preuve qui pèse contre lui et celui d'y répondre.

[15] Dans son avis d'appel, M. Brar demande que l'intimé communique la totalité des éléments d'information qui se rapportent à sa demande de recours, la totalité des éléments d'information dont le ministre s'est servi pour décider de le désigner comme une personne inscrite, la totalité des éléments d'information présentés au ministre dans le cadre de la demande de recours, et la totalité des autres éléments d'information qui se rapportent à la décision du ministre de confirmer son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA.

*B. MR. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19)*

[16] Similarly, Mr. Dulai appeals the Minister's decision, dated January 30, 2019, to maintain his status as a listed person pursuant to section 15 of the SATA.

[17] Mr. Dulai's name was included on the SATA list on March 29, 2018. Nearly two months later, Mr. Dulai was denied boarding on a flight from Vancouver to Toronto on May 17, 2018.

[18] On June 8, 2018, Mr. Dulai submitted an application for administrative recourse pursuant to section 15 of the SATA, which sought the removal of his name from the SATA list. Mr. Dulai was provided with a two-page unclassified summary of the information before the Minister supporting the decision to place his name on the SATA list and was advised that the Minister would also consider further classified information when assessing his application under section 15 of the SATA. In addition, pursuant to subsection 15(4), Mr. Dulai was provided with an opportunity to make written representations in response to the unclassified information disclosed.

[19] On January 30, 2019, the Minister advised Mr. Dulai that his status as a listed person under the SATA would also be maintained as "there [were] reasonable grounds to suspect that [Mr. Dulai] will engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security, or travel by air to commit certain terrorism offences."

[20] On April 18, 2019, Mr. Dulai submitted a notice of appeal to this Court pursuant to subsection 16(2) of the SATA. Similarly to Mr. Brar, Mr. Dulai asks this Court to order the removal of his name from the SATA list pursuant to subsection 16(5) of the SATA or to order the remittance of the matter back to the Minister for re-determination. Mr. Dulai also asks this Court to declare that sections 8, 15 and 16 as well as paragraph 9(1)(a) of the SATA are unconstitutional and are consequently of no force and effect or to read in such procedural safeguards to the SATA that are sufficient to cure any constitutional deficiencies.

*B. M. PARVKAR SINGH DULAI (T-670-19)*

[16] De la même façon, M. Dulai porte en appel la décision datée du 30 janvier 2019 par laquelle le ministre a maintenu son statut de personne inscrite conformément à l'article 15 de la LSDA.

[17] Le nom de M. Dulai a été inscrit sur la liste de la LSDA le 29 mars 2018. Près de deux mois plus tard, le 17 mai 2018, il s'est vu refuser l'embarquement à bord d'un aéronef en partance de Vancouver pour Toronto.

[18] Le 8 juin 2018, M. Dulai a présenté une demande de recours administratif en vertu de l'article 15 de la LSDA afin de faire radier son nom de la liste de la LSDA. Il a reçu un résumé non confidentiel, de deux pages, des renseignements dont disposait le ministre à l'appui de la décision d'inscrire son nom sur la liste de la LSDA, et on l'a informé que le ministre allait également examiner d'autres renseignements confidentiels pour évaluer la demande qu'il avait présentée en vertu de l'article 15 de la LSDA. De plus, conformément au paragraphe 15(4), M. Dulai a eu la possibilité de présenter des observations écrites en réponse aux renseignements non confidentiels qui lui ont été communiqués.

[19] Le 30 janvier 2019, le ministre a informé M. Dulai que son statut de personne inscrite sous le régime de la LSDA serait maintenu, car [TRADUCTION] « il [y avait] des motifs raisonnables de soupçonner [qu'il] participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports, ou [qu'il] se déplacera en aéronef dans le but de commettre certaines infractions de terrorisme ».

[20] Le 18 avril 2019, M. Dulai a présenté à notre Cour un avis d'appel conformément au paragraphe 16(2) de la LSDA. À l'instar de M. Brar, M. Dulai demande à la Cour d'ordonner que l'on radie son nom de la liste de la LSDA en application du paragraphe 16(5) de la LSDA, ou qu'on renvoie l'affaire au ministre pour qu'il rende une nouvelle décision. Il demande également à la Cour de déclarer que les articles 8, 15 et 16 ainsi que l'alinéa 9(1)a de la LSDA sont inconstitutionnels et donc inopérants ou de donner aux garanties procédurales de la LSDA une interprétation qui permette de remédier à tout vice constitutionnel.

[21] Mr. Dulai lays out similar grounds to Mr. Brar in support of his appeal. However, Mr. Dulai also argues that the Minister's decision to designate him as a listed person, and thereafter maintain that designation upon administrative review, violated and disproportionately impacted his rights under paragraphs 2(a), 2(b) and 2(d) as well as section 15 of the Charter. Mr. Dulai also requests disclosure, similar to the ask made by Mr. Brar.

### C. APPEALS BEFORE THIS COURT

#### (1) Redacted Information and Evidence

[22] Following the filing of the notices of appeal, this Court ordered the respondent to serve and file a public appeal book for each appeal, the contents of which were agreed upon by the parties. These appeal books contained numerous redactions made by the respondent in order to protect the confidentiality of information or evidence it believed would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

[23] Subsequently, this Court ordered on October 7, 2019, that the respondent file with the designated registry of this Court an unredacted appeal book for each appeal, containing and clearly identifying the information that the respondent asserts could be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. The Court also ordered that the respondent file classified affidavits with the designated registry explaining the redactions as well as file and serve public affidavits explaining the nature of the redactions in a manner that does not injure national security or endanger the safety of any persons. During the process of preparing the unredacted classified appeal books and the affidavits, a number of the redactions were lifted by the respondent, resulting in further disclosure to the appellants.

[24] The respondent also advised the Court and the parties that, pursuant to paragraph 16(6)(g) of the SATA,

[21] À l'appui de son appel, M. Dulai formule des motifs semblables à ceux de M. Brar. Il fait toutefois aussi valoir que la décision du ministre de le désigner comme une personne inscrite, et de maintenir ensuite cette décision à la suite d'un examen administratif, viole les droits que lui confèrent les alinéas 2a), b) et d) ainsi que l'article 15 de la Charte, et qu'elle y porte atteinte aussi de manière disproportionnée. M. Dulai demande la communication des éléments d'information, tout comme M. Brar.

### C. LES APPELS INTERJETÉS DEVANT NOTRE COUR

#### 1) Les renseignements et les éléments de preuve caviardés

[22] À la suite du dépôt des avis d'appel, la Cour a ordonné à l'intimé de signifier et de déposer pour chaque appel un dossier d'appel public, dont les parties ont convenu du contenu. Ces dossiers d'appel contenaient de nombreux éléments caviardés par l'intimé en vue de protéger la confidentialité de renseignements ou d'éléments de preuve qui, croyait-il, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués.

[23] Par la suite, le 7 octobre 2019, la Cour a ordonné que l'intimé dépose auprès du greffe désigné de la Cour, et ce pour chaque appel, un dossier d'appel non caviardé contenant et identifiant clairement les renseignements qui, d'après lui, pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui s'ils étaient divulgués. La Cour a également ordonné à l'intimé de déposer auprès du greffe désigné des affidavits confidentiels expliquant les éléments caviardés et, également, de déposer et de signifier des affidavits publics expliquant la nature des caviardages d'une manière qui ne porterait pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Pendant la préparation des dossiers d'appel confidentiels non caviardés et des affidavits, l'intimé a enlevé le caviardage de plusieurs passages, ce qui a permis de divulguer des renseignements supplémentaires aux appellants.

[24] L'intimé a également informé la Cour et les parties que, conformément à l'alinéa 16(6)g) de la LSDA, il

it was withdrawing certain classified information from the appeal book filed in response to Mr. Dulai's statutory appeal. The Court accepted that the legislation provides for the withdrawal of information and issued an order authorizing the withdrawal of the information and the replacement of the relevant pages in the classified unredacted appeal book. However, the Court also ordered that, as a superior court of record, it would keep three copies of the appeal book containing the withdrawn information under seal in a separate location at the designated registry, at least until the Court dealt with the issue of the retention of the withdrawn information.

### (2) *Amici Curiae*

[25] In response to the inclusion of redacted information in the appeal books, the Court appointed two *amici curiae* in an order dated October 7, 2019 (order reproduced in Annex A).

[26] The Court originally ordered that the *amici curiae* would be given access to the confidential information as of December 9, 2019, following which they would not be permitted to engage in two-way communication with the appellants and their counsel, except with leave from the Court. At the request of the *amici curiae*, this was extended to January 20, 2020, in order to allow for more effective and meaningful communication with the appellants in light of the redactions lifted by the respondent.

### (3) Preliminary Legal Issues

[27] On January 16, 2020, an *ex parte* and *in camera* case management conference was held in order to discuss the next steps concerning the confidential information in this case. A public summary of the case management conference was provided to the appellants shortly thereafter. During this case management conference, the respondent and the *amici curiae* raised numerous legal issues regarding the withdrawn information, the role of the *amici curiae* in these appeals, the bifurcation of the appeals process between the "disclosure phase" and the "merits phase", and the role of the designated judge. The Court proposed that the *amici curiae* and the respondent

retrait certains renseignements confidentiels du dossier d'appel en réponse à l'appel qu'avait interjeté M. Dulai en vertu de la loi. La Cour a admis que la loi prévoyait le retrait de renseignements et elle a rendu une ordonnance autorisant le retrait des renseignements en question et le remplacement des pages pertinentes dans le dossier d'appel non caviardé et confidentiel. Cependant, elle a également ordonné qu'elle conserverait, en tant que cour supérieure d'archives, trois copies du dossier d'appel contenant les renseignements retirés, et ce, sous scellé et dans un endroit distinct au greffe désigné, du moins jusqu'à ce qu'elle ait réglé la question de la conservation des renseignements retenus.

### 2) Les *amici curiae*

[25] En réponse à l'inclusion des renseignements caviardés dans les dossiers d'appel, la Cour a nommé deux *amici curiae* dans une ordonnance datée du 7 octobre 2019 (ordonnance reproduite à l'annexe A).

[26] La Cour a tout d'abord ordonné que les *amici curiae* aient accès aux renseignements confidentiels à compter du 9 décembre 2019, à la suite de quoi il leur serait interdit de se livrer à des communications bilatérales avec les appelants et leurs conseils, à moins d'avoir obtenu son autorisation. À la demande des *amici curiae*, ce délai a été prolongé au 20 janvier 2020 afin qu'ils puissent communiquer de manière plus efficace et utile avec les appelants, compte tenu du retrait par l'intimé du caviardage de certains passages.

### 3) Les questions de droit préliminaires

[27] Le 16 janvier 2020, une conférence de gestion de l'instance a été tenue *ex parte* et à huis clos en vue de discuter des prochaines étapes concernant les renseignements confidentiels dont il est question en l'espèce. Un résumé public de cette conférence a été fourni peu après aux appelants. Lors de cette conférence, l'intimé et les *amici curiae* ont soulevé de nombreuses questions de droit concernant les renseignements retirés, le rôle des *amici curiae* dans le cadre des deux appels, la disjonction du processus d'appel entre le « volet relatif à la divulgation » et le « volet relatif au fond », de même que le rôle du juge désigné. La Cour a proposé que les



meet to discuss the issues raised and correspond with the Court concerning the preliminary legal issues to be adjudicated before moving forward in the appeals.

[28] Notwithstanding the respondent's position that the Court should address, on a preliminary basis, the applicable standard of review in these appeals, which the Court found to be premature at this stage, a list of preliminary legal issues was agreed upon by the appellants, the respondent, and the *amici curiae* during a case management conference held on February 13, 2020. This list of preliminary questions was subsequently endorsed by the Court via its order dated February 18, 2020 (List of Preliminary Questions, reproduced in Annex B). On April 16, 2020, a public hearing via teleconference was held where the parties and the *amici curiae* made oral submissions on these legal questions.

### III. PRELIMINARY LEGAL QUESTIONS

[29] With regard to the preliminary legal questions agreed upon by the parties and the *amici curiae* (Annex B), the Court will consider the following preliminary legal questions in these appeals:

1. Role of the Designated Judge:
  - a. What is the role of the designated judge in an appeal pursuant to the SATA?
2. Role of the *Amici Curiae*:
  - a. What is the role of the *amici curiae* in the *ex parte* proceedings?
  - b. Do the *amici curiae* have the power to cross-examine witnesses?
3. Withdrawal of Information:
  - a. Should the designated judge and the *amici curiae* be allowed to see the withdrawn information and be informed of the reasons for which the Minister withdrew the information?

*amici curiae* et l'intimé se rencontrent pour parler des questions soulevées et qu'ils correspondent avec elle au sujet des questions de droit préliminaire à trancher avant de poursuivre l'instruction des appels.

[28] Indépendamment de la position de l'intimé selon laquelle la Cour se devait de traiter, à titre préliminaire, de la norme de contrôle applicable aux présents appel, question que la Cour a considérée comme prématurée à ce stade, les appelants, l'intimé et les *amici curiae* se sont entendus sur une liste de questions de droit préliminaires lors d'une conférence de gestion de l'instance tenue le 13 février 2020. Cette liste de questions préliminaires a par la suite été entérinée par la Cour dans le cadre de son ordonnance datée du 18 février 2020 (Liste des questions préliminaires, reproduite à l'annexe B). Le 16 avril 2020, une audience publique tenue par téléconférence a eu lieu et les parties et les *amici curiae* ont alors formulé de vive voix des observations sur ces questions de droit.

### III. LES QUESTIONS DE DROIT PRÉLIMINAIRES

[29] Pour ce qui est des questions de droit préliminaires dont ont convenu les parties et les *amici curiae* (annexe B), la Cour examinera celles qui suivent dans le cadre des présents appels :

1. Le rôle du juge désigné :
  - a. Quel rôle le juge désigné joue-t-il dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA?
2. Le rôle des *amici curiae* :
  - a. Quel rôle les *amici curiae* jouent-ils dans le cadre de l'instance *ex parte*?
  - b. Les *amici curiae* ont-ils le pouvoir de contre-interroger des témoins?
3. Le retrait de renseignements :
  - a. Faudrait-il que le juge désigné et les *amici curiae* soient autorisés à voir les renseignements retirés et informés des motifs pour lesquels le ministre les a retirés?

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>b. Should the Federal Court, as a superior court of record, retain a copy of the withdrawn information?</li> <li>c. What steps should be taken by the designated registry to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal book and when should this information be returned to the Minister?</li> </ul> <p>4. <i>Ex Parte</i> Hearing on the Merits:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Does the scheme under section 16 of the SATA allow for an <i>ex parte</i> hearing on the merits of the appeal?</li> <li>b. What is the purpose of the <i>ex parte</i> hearing on the merits?</li> <li>c. Is an <i>ex parte</i> hearing on the merits required in these appeals?</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>b. La Cour fédérale, en tant que cour supérieure d'archives, devrait-elle conserver une copie des renseignements retirés?</li> <li>c. Quelles mesures le greffe désigné devrait-il prendre pour s'assurer que les renseignements retirés ne font plus partie du dossier d'appel et à quel moment faudrait-il renvoyer ces renseignements au ministre?</li> </ul> <p>4. L'audience <i>ex parte</i> sur le fond :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a. Le régime prévu à l'article 16 de la LSDA autorise-t-il la tenue d'une audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> <li>b. Quel est l'objet de l'audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> <li>c. Est-il nécessaire en l'espèce de tenir une audience <i>ex parte</i> sur le fond?</li> </ul> |
|---|---|

#### IV. ARGUMENTS

##### A. RESPONDENT'S REPRESENTATIONS

[30] The respondent argues that: (1) the role of the designated judge in appeals under the SATA is akin to the role assumed in a conventional judicial review; (2) the role of the *amici curiae* is not analogous to that of a special advocate and does not allow for the cross-examination of witnesses on the merits of the decision under appeal unless new evidence is received by the Court; (3) the designated judge and the *amici curiae* may review the contents of the withdrawn information and be informed of the reasons for its withdrawal; and (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is allowed under the SATA and is required in these appeals.

##### (1) Role of the Designated Judge

[31] The respondent explains that the statutory appeal under section 16 of the SATA is divided into two phases: the disclosure phase and the merits phase. The respondent notes that during the disclosure phase, the Court

#### IV. LES ARGUMENTS INVOQUÉS

##### A. LES OBSERVATIONS DE L'INTIMÉ

[30] L'intimé fait valoir ce qui suit : 1) dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui que joue un juge dans un contrôle judiciaire classique, 2) le rôle des *amici curiae* n'est pas analogue à celui d'un avocat spécial et il ne permet pas de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision portée en appel, sauf si la Cour est saisie de nouveaux éléments de preuve, 3) le juge désigné et les *amici curiae* peuvent examiner le contenu des renseignements retirés et être informés des raisons de leur retrait, et 4) une audience sur le fond, tenue *ex parte* et à huis clos, est autorisée par la LSDA et est requise dans les présents appels.

##### 1) Le rôle du juge désigné

[31] L'intimé explique que l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA se divise en deux volets : le volet relatif à la divulgation et le volet relatif au fond. Il signale qu'au cours du volet relatif à la divulgation, la Cour passe en

reviews the redactions made by the respondent to determine whether the disclosure of that information would be injurious to national security or endanger the safety of any person. In this phase, the designated judge undertakes a robust “gatekeeper” role. In doing so, the respondent states that the designated judge is responsible for ensuring the confidentiality of the information or other evidence provided by the Minister that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed and is equally responsible for ensuring that an appellant is reasonably informed.

[32] During the merits phase, the respondent notes that the Court determines whether the Minister’s decision is reasonable, and in doing so, assumes a role that is akin to a role adopted by a judge in a conventional judicial review. The respondent argues that this role in the merits portion of appeals under the SATA is set out in subsection 16(4), which provides that the “judge must, without delay, determine whether the decision [of the Minister] is reasonable on the basis of the information available to the judge.” As such, the respondent holds that this language, along with the general scheme of the SATA, suggests that the role of the Court is akin to its role in a conventional judicial review and therefore the designated judge must show judicial restraint and respect for the distinct role of administrative decision makers. They state that the designated judge must not conduct a *de novo* analysis of the decision and must refrain from deciding the issues themselves, as this is not their assigned role.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[33] The respondent argues that: (i) the role of the *amici curiae* is to assist the Court without acting on behalf of any specific party and is not analogous to the role of a special advocate; and (ii) that, barring new evidence, this role does not include the ability to cross-examine witnesses on the merits of the appeal.

[34] The respondent states that the *amici curiae* may participate in both the disclosure and merits portions of the appeals. However, citing this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Telbani*, 2014 FC 1050 (*Telbani*), at

revue les éléments que l’intimé a caviardés afin de déterminer si la divulgation de ces renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui. Lors de ce volet, le juge désigné joue un rôle vigoureux de « gardien ». L’intimé ajoute que le juge désigné, en agissant ainsi, est chargé d’assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve fournis par le ministre qui, s’ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui, et il lui incombe également de veiller à ce que les appelants soient raisonnablement informés.

[32] L’intimé signale que, lors du volet relatif au fond, la Cour détermine si la décision du ministre est raisonnable et que, en agissant ainsi, elle joue un rôle qui est semblable à celui qu’adopte un juge dans un contrôle judiciaire classique. Il fait valoir que ce rôle, dans le volet relatif au fond des appels interjetés sous le régime de la LSDA, est énoncé au paragraphe 16(4), lequel prévoit que « [d]ès qu’il est saisi de la demande, le juge décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose ». L’intimé soutient que ce libellé, de pair avec le régime général de la LSDA, donne à penser que le rôle que joue la Cour est semblable à celui qu’elle joue dans un contrôle judiciaire classique et que, de ce fait, le juge désigné doit faire preuve de retenue judiciaire et de respect pour le rôle distinct des décideurs administratifs. Le juge désigné, ajoute-t-il, ne doit pas procéder à une nouvelle analyse de la décision et il doit s’abstenir de trancher les questions litigieuses elles-mêmes, car ce n’est pas le rôle qui lui est assigné.

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[33] L’intimé fait valoir ce qui suit : (i) le rôle des *amici curiae* consiste à prêter assistance à la Cour sans représenter une partie précise, et ce rôle n’est pas semblable à celui d’un avocat spécial; (ii) à défaut d’éléments de preuve nouveaux, ce rôle n’inclut pas la possibilité de contre-interroger des témoins sur le fond de l’appel.

[34] L’intimé déclare que les *amici curiae* peuvent prendre part au volet relatif à la divulgation comme à celui relatif au fond des appels. Cependant, citant la décision rendue par notre Cour, *Canada (Procureur général)*

paragraph 27, the respondent argues that an *amicus curiae*'s role must be restrained to assisting a court without acting on behalf of any specific party. The respondent notes that the SATA regime was enacted well after the creation of the special advocates regime under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and therefore Parliament would have specifically included such a regime in the SATA had it wanted to do so.

[35] In the circumstances, the respondent notes that the *amici curiae*'s role may extend to examining affiants in order to assist the Court in forming its opinion as to whether the disclosure of the information would be injurious to national security or endanger the safety of any person. However, barring new evidence that was not before the Minister at the time of the decision, the respondent states that the *amici curiae* should not be permitted to cross-examine witnesses on the merits of the Minister's decision, as this would be contrary to Parliament's intent in having enacted the SATA and would be inconsistent with the role assigned to the designated judge in the merits portion of appeals under the SATA.

### (3) Withdrawal of Information

[36] The respondent advances the position that: (i) the designated judge and the *amici curiae* can be provided with the withdrawn information and the reasons for which it was withdrawn; (ii) the Court, as a superior court of record, can retain a copy of the withdrawn information; and (iii) sufficient steps have already been taken to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal book and has already been returned to the Minister.

### (4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[37] The respondent argues that: (i) paragraph 16(6)(f) of the SATA implicitly allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeal; (ii) the purpose of the *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to allow the Court to determine whether the Minister's decision was reasonable in light of the confidential

*c. Telbani*, 2014 CF 1050 (décision *Telbani*), au paragraphe 27, il soutient que le rôle d'un *amicus curiae* doit se limiter à aider le tribunal sans représenter une partie particulière. Il signale que le régime de la LSDA a été adopté bien après la création du régime des avocats spéciaux dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) et que, cela étant, le législateur, s'il l'avait voulu, aurait pu prévoir expressément un tel régime dans la LSDA.

[35] L'intimé signale que, dans les circonstances, le rôle des *amici curiae* peut aller jusqu'à interroger des auteurs d'affidavit afin d'aider la Cour à se former une opinion quant à la question de savoir si la divulgation des renseignements porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Cependant, il ajoute que, à défaut de nouveaux éléments de preuve dont ne disposait pas le ministre au moment où il a rendu la décision, les *amici curiae* ne devraient pas être autorisés à contre-interroger des témoins sur le fond de la décision du ministre, car cela serait à la fois contraire à l'intention qu'avait le législateur en faisant adopter la LSDA et incompatible avec le rôle attribué au juge désigné dans le volet relatif au fond des appels interjetés sous le régime de la LSDA.

### 3) Le retrait de renseignements

[36] Selon l'intimé, (i) il est possible de fournir au juge désigné et aux *amici curiae* les renseignements retirés et les raisons pour lesquelles ils l'ont été, (ii) la Cour, en tant que cour supérieure d'archives, peut conserver une copie des renseignements retirés et (iii) des mesures suffisantes ont déjà été prises pour veiller à ce que les renseignements retirés ne fassent plus partie du dossier d'appel et ils ont déjà été renvoyés au ministre.

### 4) L'audience *ex parte* sur le fond

[37] L'intimé fait valoir ce qui suit : (i) l'alinéa 16(6)f de la LSDA autorise implicitement la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de l'appel, (ii) l'audience *ex parte* et à huis clos sur le fond a pour but de permettre à la Cour de déterminer si la décision du ministre était raisonnable au vu des

information; and (iii) an *ex parte* and *in camera* hearing is required in these appeals.

#### B. MR. BHAGAT SINGH BRAR'S REPRESENTATIONS

[38] Mr. Brar submits that: (1) the role of the designated judge is to ensure procedural fairness and as much transparency as possible while also ensuring that the record supports the reasonableness of the Minister's finding; (2) the *amici curiae*'s role is to serve as a "substantial substitute" for the appellant during *ex parte* and *in camera* proceedings and must be empowered to cross-examine witnesses on the merits of the decision under appeal; and (3) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is possible and likely required in this case. Notwithstanding these submissions, Mr. Brar still maintains that the SATA scheme violates the norms of procedural fairness and is unconstitutional.

##### (1) Role of the Designated Judge

[39] Mr. Brar argues that the role of the designated judge in a SATA appeal is that of a "gatekeeper" entrusted with ensuring both the reasonableness of the Minister's decision and a fair and transparent process, given the unique circumstances. Citing *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat (2014)*), at paragraph 46, Mr. Brar states that the SATA assigns to the designated judge a robust role much like the one assigned in the security certificate context under the IRPA and that the designated judge must therefore take on an "interventionist" role to ensure procedural fairness.

[40] Although Mr. Brar states that he does not disagree with the respondent that the starting point of a reasonableness review is judicial restraint and respect for the distinct role of administrative decision makers, he argues that the level of deference must be adjusted according to: (1) the ability of the designated judge to receive evidence

renseignements confidentiels, et (iii) il est nécessaire de tenir une audience *ex parte* et à huis clos dans les présents appels.

#### B. LES OBSERVATIONS DE M. BHAGAT SINGH BRAR

[38] M. Brar soutient ce qui suit : 1) le rôle de juge désigné consiste à assurer l'équité de la procédure et le plus de transparence possible tout en s'assurant que la conclusion que le ministre a tirée était raisonnable au vu du dossier, 2) le rôle des *amici curiae* consiste à servir de [TRADUCTION] « solution de rechange qui remplace pour l'essentiel » l'appelant lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, et ils doivent être habilités à contre-interroger des témoins sur le fond de la décision portée en appel, et 3) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond est possible et vraisemblablement requise en l'espèce. Indépendamment de ces observations, M. Brar persiste à soutenir que le régime de la LSDA porte atteinte aux normes de l'équité procédurale et qu'il est inconstitutionnel.

##### 1) Le rôle du juge désigné

[39] M. Brar fait valoir que, dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA, le juge désigné joue un rôle de « gardien » dont la tâche consiste à s'assurer à la fois du caractère raisonnable de la décision du ministre et de la tenue d'un processus équitable et transparent, compte tenu des circonstances particulières qui sont en cause. Citant l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (arrêt *Harkat (2014)*), au paragraphe 46, M. Brar déclare que la LSDA confie au juge désigné un rôle vigoureux qui ressemble en grande partie à celui qui est attribué dans le contexte des certificats de sécurité sous le régime de la LIPR et que ce juge doit donc jouer un rôle « interventionniste » afin d'assurer l'équité procédurale de l'instance.

[40] M. Brar dit ne pas être en désaccord avec la position de l'intimé, à savoir que le point de départ d'un contrôle du caractère raisonnable d'une décision est la retenue judiciaire et un certain respect pour le rôle distinct que jouent les décideurs administratifs, mais il fait valoir que le degré de retenue doit être ajusté en fonction



that was not before the decision maker; (2) the fact that previously withheld information may be disclosed to an appellant, placing them in a better position to make their case as compared to the administrative recourse stage before the original decision maker; (3) the requirement that the designated judge's decision be based on the information and evidence available as opposed to the information before the decision maker, and (4) the designated judge's power to order that an appellant's name be removed from the list pursuant to subsection 16(5).

### (2) Role of the *Amici Curiae*

[41] Mr. Brar states that the Supreme Court of Canada has made it clear in both *Harkat (2014)*, at paragraphs 43 and 47, and *Charkaoui I*, at paragraph 63, that, in the context of *ex parte* and *in camera* proceedings, procedural fairness requires a “substantial substitute” for the full disclosure and full participation of the appellant. For Mr. Brar, a “substantial substitute” requires that a special advocate, or an *amicus curiae*, be assigned a role that permits them to “act as vigorously and effectively as the [appellant] would act in a public proceeding”, citing *Harkat (2014)*, at paragraph 47.

[42] Moreover, Mr. Brar argues that the *amici curiae* must be given the power to cross-examine witnesses on the merits of the appeal, as this power is necessary to: (1) uphold his right to meaningfully respond to information relied upon by the Minister; (2) satisfy the need for the Court to obtain sufficient information to subject the facts relied upon by the Minister to independent judicial scrutiny; and (3) uphold the terms of the order appointing the *amici curiae*.

### (3) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[43] Mr. Brar agrees with the respondent that section 16 of the SATA allows for an *ex parte* hearing on the merits and also agrees that the purpose of an *ex parte* hearing

des aspects suivants : 1) la capacité du juge désigné de recevoir des éléments de preuve dont ne disposait pas le décideur, 2) le fait que des renseignements antérieurement retenus peuvent être divulgués à un appellant, ce qui met ce dernier en meilleure posture pour plaider sa cause, comparativement à l'étape du recours administratif devant le décideur initial, 3) l'exigence selon laquelle la décision du juge désigné doit être fondée sur les renseignements et les éléments de preuve disponibles, par opposition aux renseignements présentés au décideur, et 4) le pouvoir qu'a le juge désigné d'ordonner que le nom d'un appellant soit radié de la liste conformément au paragraphe 16(5) de la LSDA.

### 2) Le rôle des *amici curiae*

[41] Aux dires de M. Brar, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué, tant dans l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 43 et 47, que dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 63, que, dans le contexte d'une instance *ex parte* et à huis clos, l'équité procédurale requiert la présence d'une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l'essentiel » la divulgation complète et la pleine participation de l'appellant. Selon M. Brar, ce mécanisme oblige à confier à un avocat spécial, ou à un *amicus curiae*, un rôle qui lui permet « d'agir avec autant de vigueur et d'efficacité que le ferait la personne visée elle-même au cours d'une instance publique », citant l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 47.

[42] Par ailleurs, M. Brar fait valoir qu'il faut conférer aux *amici curiae* le pouvoir de contre-interroger des témoins sur le fond de l'appel, car ce pouvoir est nécessaire pour 1) respecter leur droit de répondre utilement aux renseignements sur lesquels le ministre s'est fondé, 2) répondre au besoin qu'a la Cour d'obtenir suffisamment de renseignements pour soumettre à un examen judiciaire indépendant les faits sur lesquels le ministre s'est fondé, et 3) respecter les conditions de l'ordonnance désignant les *amici curiae*.

### 3) L'audience *ex parte* sur le fond

[43] M. Brar convient avec l'intimé que l'article 16 de la LSDA permet de tenir une audience *ex parte* sur le fond et il est également d'accord pour dire que l'objet

on the merits would be to permit the Court to consider confidential information or other evidence not available to an appellant when assessing the reasonableness of the Minister's decision. In addition, Mr. Brar states that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits would only be required in his appeal if the Minister still intends to rely on information that is not eventually disclosed to the appellants to support the reasonableness of the Minister's decision.

*C. MR. PARVKAR SINGH DULAI'S REPRESENTATIONS*

[44] Mr. Dulai argues that: (1) the role of the designated judge under the SATA is akin to that of a designated judge in security certificate cases under the IRPA; (2) the role of the *amici curiae* is to protect the interests of the named person and to make up, to the fullest extent as possible, for the named person's exclusion from the *ex parte* and *in camera* proceedings; (3) the designated judge's and the *amici curiae*'s access to the withdrawn information, and the reasons for its withdrawal, is essential to ensuring procedural fairness; and that (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeals is possible under the SATA and is likely necessary in this case.

(1) Role of the Designated Judge

[45] Mr. Dulai argues that the role of the designated judge in appeals under the SATA is akin to that of the designated judge in security certificate cases under the IRPA, and as such, the judge has the discretion and the flexibility to fashion a fair process according to the circumstances. Mr. Dulai submits that both the common law and the statutory provisions of the SATA support the conclusion that the designated judge's role as a "gatekeeper" is robust.

[46] Mr. Dulai argues that the respondent's position concerning the role of the designated judge in appeals under the SATA is not in line with the Supreme Court of Canada's jurisprudence on deference in the context of

d'une telle audience serait de permettre à la Cour de prendre en considération des renseignements confidentiels ou d'autres éléments de preuve dont ne dispose pas l'appellant lors de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision du ministre. De plus, il indique qu'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond ne serait requise dans le cadre de son appel que si le ministre entend encore se fonder sur des renseignements qui ne sont pas divulgués en fin de compte aux appelants pour étayer le caractère raisonnable de sa décision.

*C. LES OBSERVATIONS DE M. PARVKAR SINGH DULAI*

[44] M. Dulai fait valoir ce qui suit : 1) sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui d'un juge désigné dans une affaire de certificat de sécurité qui relève de la LIPR; 2) le rôle des *amici curiae* consiste à protéger les intérêts de la personne désignée et de compenser dans toute la mesure du possible le fait que la personne désignée est exclue de l'instance *ex parte* et à huis clos; 3) l'accès du juge désigné et des *amici curiae* aux renseignements retenus, ainsi qu'aux raisons de leur retrait, est essentiel pour assurer l'équité procédurale; 4) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond des appels peut être tenue sous le régime de la LSDA et une telle audience est vraisemblablement requise en l'espèce.

1) Le rôle du juge désigné

[45] M. Dulai fait valoir que, dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui du juge désigné dans une affaire de certificat de sécurité relevant de la LIPR et que, dans ce contexte, le juge a le pouvoir discrétionnaire et la souplesse qu'il faut pour concevoir un processus équitable, selon les circonstances en cause. Il soutient que tant la common law que les dispositions législatives de la LSDA étayent la conclusion selon laquelle le rôle de « gardien » que joue le juge désigné est vigoureux.

[46] M. Dulai allègue que la position de l'intimé au sujet du rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA ne cadre pas avec la jurisprudence de la Cour suprême du Canada au sujet

national security. Citing *Charkaoui I*, at paragraphs 38–42, Mr. Dulai points to the fact that the Supreme Court of Canada noted that having to conduct a reasonableness review did not preclude the designated judge from having to undertake an “active role”. Moreover, Mr. Dulai notes that the reasoning in *Harkat (2014)* applies equally in the context of SATA appeals and therefore the designated judge must assume the role of a robust gatekeeper. In addition, given the similarities between the SATA appeal provisions and the security certificate regime under the IRPA, Mr. Dulai notes that it can be presumed that Parliament intended to assign the designated judge a gatekeeper role that is consistent with the one set out by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[47] Mr. Dulai submits that the role of the *amici curiae* must go beyond the traditional role of a “friend of the court” and instead be one where they are empowered to vigorously protect the interests of the appellants and to take on the functions of the appellants’ counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. This notably includes the ability to cross-examine witnesses on the merits during any *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. Mr. Dulai submits that anything less would result in a clear violation of the Charter and the principles of procedural fairness.

[48] Mr. Dulai states that the Supreme Court of Canada has made it clear in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* that a “substantial substitute” for a person’s informed participation in closed proceedings must be provided when section 7 rights are engaged and that a legislative scheme’s failure to provide the opportunity for such renders it unconstitutional (*Charkaoui I*, at paragraphs 70 and 86; *Harkat (2014)*, at paragraphs 47 and 56). Moreover, he states that the Supreme Court of Canada’s decision in *Harkat (2014)* makes it clear that, in order to provide a substantial substitute, a special advocate must be assigned a role that empowers them “to protect the interests of the named person and ‘to make up so far as possible for the

de la retenue dont il faut faire preuve dans le contexte de la sécurité nationale. Citant l’arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 38 à 42, M. Dulai souligne que la Cour suprême du Canada a fait remarquer que le fait d’avoir à effectuer un examen du caractère raisonnable d’une décision n’empêche pas le juge désigné de jouer un « rôle actif ». Par ailleurs, il signale que le raisonnement formulé dans l’arrêt *Harkat (2014)* s’applique de la même façon dans le contexte des appels interjetés sous le régime de la LSDA et que le juge désigné doit donc jouer le rôle d’un gardien vigoureux. De plus, il ajoute qu’en raison des similitudes entre les dispositions en matière d’appel de la LSDA et le régime des certificats de sécurité que prévoit la LIPR, on peut présumer que le législateur entendait attribuer au juge désigné un rôle de gardien qui est conforme à celui que la Cour suprême du Canada a décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*.

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[47] M. Dulai soutient que le rôle des *amici curiae* doit déborder le cadre du rôle classique d’un « ami de la cour » et qu’il est plutôt nécessaire de leur reconnaître le pouvoir de protéger avec vigueur les intérêts des appellants et d’assumer les fonctions des conseils de ces derniers pendant les instances *ex parte* et à huis clos. Cela comporte notamment la capacité de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision pendant n’importe quelle partie *ex parte* et à huis clos des appels. Il ajoute que toute exigence moindre mènerait à une violation évidente de la Charte ainsi que des principes d’équité procédurale.

[48] M. Dulai déclare que la Cour suprême du Canada a clairement indiqué dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* qu’il est nécessaire de prévoir une solution de rechange visant à « remplacer pour l’essentiel » la participation éclairée d’une personne à une instance tenue à huis clos dans les cas où les droits garantis par l’article 7 sont en cause et que le défaut d’un régime législatif d’offrir cette possibilité le rend inconstitutionnel (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 70 et 86; arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 47 et 56). De plus, ajoute-t-il, il ressort clairement de l’arrêt *Harkat (2014)* que, pour offrir une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel la personne intéressée, il est

[named person's] own exclusion from the evidentiary process” citing *Harkat (2014)*, at paragraphs 35, 37, 47 and 67. As such, Mr. Dulai holds that the role of the *amici curiae* should reflect the Supreme Court of Canada's statements in these decisions, as it would be reasonable to conclude that Parliament intended for the designated judge to exercise their discretion pursuant to their role as “gatekeepers” to appoint an *amicus curiae* with a mandate to ensure procedural fairness.

[49] Regarding cross-examination, Mr. Dulai argues that the respondent's position that the SATA does not provide for the possibility of a challenge to the relevance, reliability, or sufficiency of the information before the Minister would render the entire SATA scheme hollow. Mr. Dulai submits that the respondent's argument is inconsistent with the common law understanding of procedural fairness, which requires that the appellants be given a meaningful opportunity to challenge the credibility, reliability, and sufficiency of the evidence relied upon to limit their fundamental rights and freedoms, citing *Charkaoui I*, at paragraph 61. Seeing as the Supreme Court of Canada has recognized that cross-examination is “of essential importance” in assessing credibility and reliability (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at page 663, (1993), 109 D.L.R. (4th) 478) and that the appellants have not been provided an opportunity to challenge the confidential information at any point in the process under the SATA, Mr. Dulai argues that the *amici curiae* must be empowered to cross-examine witnesses during the merits phase of the appeal.

### (3) Withdrawal of Information

[50] Mr. Dulai submits that: (i) the designated judge and the *amici curiae* should see the withdrawn information and be informed of the reasons for its withdrawal; (ii) the Court should retain a copy of the withdrawn information; and (iii) the Court need not take any further steps to secure the withdrawn information. Mr. Dulai argues that it would be contrary to procedural fairness to permit the respondent to unilaterally withdraw information the Minister relied upon without disclosing the

nécessaire d'attribuer à l'avocat spécial un rôle qui l'habilite à « défendre les intérêts de la personne visée durant la portion à huis clos des procédures », citant l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 37, 47 et 67. Cela étant, il soutient que le rôle des *amici curiae* devrait refléter les déclarations qu'a faites la Cour suprême du Canada dans ces arrêts, car il serait raisonnable de conclure que le législateur entendait que le juge désigné exerce, dans le cadre de son rôle de « gardien », son pouvoir discrétionnaire pour désigner un *amicus curiae* ayant pour mandat de s'assurer du respect de l'équité procédurale.

[49] Pour ce qui est du contre-interrogatoire, M. Dulai soutient que la position de l'intimé, à savoir que la LSDA n'offre pas la possibilité de contester la pertinence, la fiabilité ou le caractère suffisant des renseignements présentés au ministre, viderait de son sens le régime tout entier de la LSDA. Il ajoute que l'argument qu'invoque l'intimé ne concorde pas avec la conception de l'équité procédurale selon la common law, laquelle exige que l'on donne aux appelants une possibilité véritable de contester la crédibilité, la fiabilité et le caractère suffisant des éléments de preuve sur lesquels on se fonde pour restreindre leurs libertés et leurs droits fondamentaux, citant l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 61. Constatant que la Cour suprême du Canada a reconnu qu'un contre-interrogatoire « remplit un rôle essentiel » pour l'évaluation de la crédibilité et de la fiabilité (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la page 663) et que les appelants n'ont pas eu la possibilité de contester les renseignements confidentiels au cours du processus suivi dans le cadre de la LSDA, M. Dulai allègue que les *amici curiae* doivent être habilités à contre-interroger des témoins lors du volet de l'appel relatif au fond.

### 3) Le retrait de renseignements

[50] M. Dulai soutient ce qui suit : (i) le juge désigné et les *amici curiae* devraient voir les renseignements qui ont été retirés et être informés des raisons de leur retrait; (ii) la Cour devrait conserver une copie des renseignements retirés; (iii) il n'est pas nécessaire que la Cour prenne d'autres mesures pour sécuriser les renseignements retirés. Il ajoute qu'il serait contraire à l'équité procédurale de permettre à l'intimé de retirer unilatéralement des renseignements sur lesquels le ministre s'est

information and reasons for its withdrawal. Mr. Dulai also states that, to the extent that a summary of the reasons for the withdrawal can be provided to him, the Court should do so pursuant to paragraph 16(6)(c) of the SATA.

(4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[51] Mr. Dulai submits that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is allowed throughout the appeal process in subsection 16(6) of the SATA, and that the purpose of such a hearing is to allow the judge to hear confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable. However, although Mr. Dulai admits that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits will likely be required in this case, he notes that it should not be necessarily assumed.

D. REPRESENTATIONS OF THE AMICI CURIAE

[52] The *amici curiae* submit that: (1) the role of the designated judge in appeals under the ISATA is similar to the role described in *Harkat (2014)* and is not akin to the role of a judge in a conventional judicial review; (2) their role is to serve as a substantial substitute for the full disclosure and full participation of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portion of the appeals and that they must be empowered to cross-examine witnesses on the merits to fulfill this role; (3) there are no issues with them seeing the withdrawn information or being provided with the reasons for the withdrawal; and (4) the SATA allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits, although the Court should not pronounce itself on whether one is required at this preliminary stage.

(1) Role of the Designated Judge

[53] The *amici curiae* submit that the SATA scheme is fundamentally different from a judicial review as the judge may receive new evidence, including evidence and information not before the decision maker, may base

fondé sans divulguer ces renseignements et les raisons de leur retrait. Il déclare également que, dans la mesure où il est possible de lui fournir un résumé des motifs du retrait, la Cour devrait le faire conformément à l'alinéa 16(6)c) de la LSDA.

4) L'audience *ex parte* sur le fond

[51] M. Dulai soutient que le paragraphe 16(6) de la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond pendant toute la durée du processus d'appel et que cette audience a pour but de permettre au juge d'entendre des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que des observations sur ces renseignements, en vue de déterminer si la décision du ministre était raisonnable. Cependant, bien que M. Dulai admette qu'une telle audience sera vraisemblablement requise en l'espèce, il souligne qu'il ne faudrait pas nécessairement le présupposer.

D. LES OBSERVATIONS DES AMICI CURIAE

[52] Les *amici curiae* font valoir ce qui suit : 1) dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui qui est décrit dans l'arrêt *Harkat (2014)* et il n'est pas assimilable à celui que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique; 2) leur rôle consiste à servir de solution de rechange visant à remplacer pour l'essentiel la divulgation complète et la pleine participation des appelants pendant le volet *ex parte* et à huis clos des appels, et ils doivent être habilités à contre-interroger des témoins sur le fond pour pouvoir s'acquitter de ce rôle; 3) il n'y a aucun problème à ce qu'ils voient les renseignements retirés ou à ce qu'on leur fasse part des raisons du retrait; 4) la LSDA autorise la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond, mais la Cour ne devrait pas se prononcer sur la question de savoir s'il est nécessaire d'en tenir une à ce stade préliminaire.

1) Le rôle du juge désigné

[53] Les *amici curiae* soutiennent que le régime de la LSDA est fondamentalement différent d'un contrôle judiciaire, car le juge peut recevoir de nouveaux éléments de preuve, dont des éléments de preuve et des



their decision on information available to them regardless of whether it was before the decision maker, and may order the removal of an appellant from the SATA rather than having to send the decision back for re-determination. The *amici curiae* therefore submit that the role of the designated judge in appeals under the SATA is similar to the role described in *Harkat (2014)*, at paragraph 46, being one that is “interventionist”.

## (2) Role of the *Amici Curiae*

[54] The *amici curiae* argue that the constitutional norms of procedural fairness set out in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* are essential in understanding their role. The *amici curiae* state that the wording throughout subsection 16(6) of the SATA, notably paragraphs 16(6)(c) and 16(6)(d), clearly demonstrate a concern for procedural fairness and that *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* clearly indicate that, for *ex parte* and *in camera* proceedings, a person must be provided with a “substantial substitute” to their right to know and answer the case against them. In *Harkat (2014)*, this meant a special advocate scheme combined with an interventionist judge. The *amici curiae* argue that the SATA must be interpreted according to these decisions seeing as Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the Charter, citing *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 208, at paragraphs 55–56.

[55] Accordingly, the *amici curiae* disagree with the restraints proposed by the respondent on their roles as they are not required by the SATA, are inconsistent with *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, and are contrary to the order appointing them. Instead, the *amici curiae* hold that they are able to cross-examine witnesses in the disclosure phase for the purpose of the merits phase and that they are able to cross-examine witnesses concerning information that was before the decision maker. They note that, should their mandate not include these powers,

renseignements dont ne disposait pas le décideur, il peut fonder sa décision sur les renseignements dont il dispose, indépendamment de la question de savoir si ces renseignements ont été présentés au décideur, et il peut ordonner la radiation du nom d’un appellant de la liste de la LSDA plutôt que d’avoir à renvoyer la décision afin qu’une nouvelle décision soit rendue. Les *amici curiae* soutiennent donc que, dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle du juge désigné est semblable à celui qui est décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46, soit un rôle « interventionniste ».

## 2) Le rôle des *amici curiae*

[54] Les *amici curiae* font valoir que, pour comprendre le rôle qu’ils jouent, les normes constitutionnelles d’équité procédurale qui sont énoncées dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* sont essentielles. Ils ajoutent que le libellé du paragraphe 16(6) de la LSDA, et notamment les alinéas c) et d), font clairement état d’un souci en matière d’équité procédurale et qu’il ressort clairement de ces deux arrêts que, dans le cas d’une instance tenue *ex parte* et à huis clos, les intéressés doivent bénéficier d’une solution de rechange qui vise à « remplacer, pour l’essentiel » leur droit de connaître la preuve qui pèse contre eux et d’y répondre. Dans l’arrêt *Harkat (2014)*, cela voulait dire un système d’avocats spéciaux, combiné à un juge interventionniste. Les *amici curiae* soutiennent qu’il est nécessaire d’interpréter la LSDA en fonction de ces arrêts, car le législateur est présumé avoir eu l’intention d’adopter des dispositions conformes à la Charte, citant à cet effet l’arrêt *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 208, aux paragraphes 55 et 56.

[55] Les *amici curiae* ne sont donc pas d’accord avec les restrictions que l’intimé propose d’imposer en ce qui concerne leurs rôles, car elles ne sont pas exigées par la LSDA, elles sont incompatibles avec les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* et elles sont contraires à l’ordonnance qui les a désignés. Ils soutiennent plutôt qu’ils peuvent contre-interroger des témoins dans le cadre du volet de la divulgation pour les besoins du volet relatif au fond et qu’ils peuvent contre-interroger des témoins sur des renseignements dont disposait le décideur.

they will be unable to serve as a substantial substitute for the full disclosure and full participation of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

### (3) Withdrawal of Information

[56] The *amici curiae* agree with the respondent that they and the designated judge should be provided with the withdrawn information as well as the reasons for its withdrawal. They also submit that the Court can retain a copy of the withdrawn information as a superior court of record.

### (4) *Ex Parte* Hearing on the Merits

[57] The *amici curiae* agree that the SATA allows for an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits of the appeal pursuant to paragraph 16(6)(a). However, although the *amici curiae* recognize a designated judge's authority to organize an appeal by creating distinct phases, they state that it ought not be regarded as a necessary feature of an appeal under the SATA as it is not always easy to make a distinction between disclosure issues and merit issues.

## V. ANALYSIS

### A. REVIEW AND ANALYSIS OF THE SATA

[58] In order to analyze the preliminary questions in this matter, it is first essential to undertake a review of the SATA, the legislative scheme at the heart of these questions. An understanding of its legislative object, its operation, and its appeal mechanism is the compass that will be necessary to navigate these uncharted waters. This section will therefore address: (1) the context and legislative object of the SATA; (2) the operation of the SATA; and (3) the appeal provisions of the SATA; the first issue providing the information necessary to conduct a contextual and purposive analysis of the latter two throughout this decision. Indeed, this is in accordance with the modern approach to statutory interpretation endorsed by the Supreme Court of Canada on numerous occasions.

Si leur mandat n'inclut pas ces pouvoirs, ils seront selon eux incapables d'agir comme solution de rechange visant à « remplacer pour l'essentiel » la pleine divulgation et la participation complète des appelants lors des volets *ex parte* et à huis clos des appels.

### 3) Le retrait des renseignements

[56] Les *amici curiae* conviennent avec l'intimé que le juge désigné devrait recevoir les renseignements retirés, de même que les raisons de leur retrait. Ils soutiennent également que la Cour, en tant que cour supérieure d'archives, peut conserver une copie des renseignements retirés.

### 4) L'audience *ex parte* sur le fond

[57] Les *amici curiae* conviennent que la LSDA autorise, à l'alinéa 16(6)a), la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de l'appel. Cependant, même s'ils reconnaissent le pouvoir qu'a un juge désigné de structurer un appel en créant des volets distincts, ils sont d'avis que cela ne devrait pas être considéré comme une caractéristique nécessaire d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA, car il n'est pas toujours facile de faire une distinction entre les questions relatives à la divulgation et les questions relatives au fond.

## V. ANALYSE

### A. EXAMEN ET ANALYSE DE LA LSDA

[58] Pour pouvoir analyser les questions préliminaires qui se posent en l'espèce, il est tout d'abord essentiel de procéder à un examen de la LSDA, le régime législatif au cœur de ces questions. La compréhension de son objet, de son application et de son mécanisme d'appel constituera la boussole qui sera nécessaire pour naviguer dans ces eaux inconnues. La présente section porte donc sur les sujets suivants : 1) le contexte et l'objet de la LSDA; 2) l'application de la LSDA; 3) les dispositions d'appel de la LSDA. Le premier de ces sujets fournira les renseignements nécessaires pour procéder à une analyse contextuelle et téléologique des deux autres tout au long de la présente décision. Cette approche concorde d'ailleurs avec la méthode moderne d'interprétation législative que

See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418 (*Rizzo*), at paragraph 21 and *R. v. Rafilovich*, 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539 (*Rafilovich*), at paragraph 97, the latter offering a recent concise summary of the state of the law on this point:

The issue on appeal is one of statutory interpretation. Accordingly, the analysis is to be guided by the modern approach to statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of the Parliament” (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

[59] This approach will permit us to better understand what the designated judge is called upon to do when an appeal is initiated under the SATA and will help contextualize the mandate of the *amici curiae*.

#### (1) Context and Legislative Object of the SATA

[60] Although the SATA does not include a summary or a preamble stating its legislative object, its general object of balancing individual rights and freedoms with Canada’s national security interests relating to air travel is manifest when one analyzes: the title of the Act, the summary and preamble of its enacting and amending omnibus legislations, the legal context at the time of its enactment, and the pertinent legislative debates in both chambers of Parliament.

[61] After nearly a decade of operating the Passenger Protection Program (better known as the “no-fly list”) via the *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, Parliament sought to create a specific legislative regime for the operation of this program (affidavit of Lesley Soper, at paragraph 5). Accordingly, the *Anti-Terrorism Act, 2015*, S.C. 2015, c. 20, an omnibus legislation that significantly amended and restructured national security law in Canada, created the SATA in 2015. Following the 2015 federal election, the 42nd Parliament of Canada enacted the *National Security Act, 2017*, S.C. 2019, c. 13, which

la Cour suprême du Canada a entérinée à de nombreuses reprises. Voir les arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (arrêt *Rizzo*), au paragraphe 21, et *R. c. Rafilovich*, 2019 CSC 51 (arrêt *Rafilovich*), au paragraphe 97. Ce dernier appel offre un aperçu concis et récent de l’état du droit sur la question :

La question à trancher en l’espèce en est une d’interprétation législative. En conséquence, l’analyse doit être guidée par la méthode moderne d’interprétation législative : [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’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26).

[59] Cette démarche nous permettra de mieux comprendre ce que le juge désigné est appelé à faire dans les cas où un appel est engagé sous le régime de la LSDA, et elle aidera à contextualiser le mandat des *amici curiae*.

#### 1) Le contexte et l’objet législatif de la LSDA

[60] La LSDA ne comporte pas de sommaire ou de préambule énonçant son objet, mais, quand on analyse le titre de la Loi, le sommaire et le préambule des lois d’ensemble qui ont permis de l’adopter et de la modifier, le contexte juridique qui était en vigueur au moment de son adoption, de même que les débats législatifs pertinents qui ont eu lieu au sein des deux chambres du Parlement, son objet général — mettre en équilibre, d’une part, les libertés et les droits individuels et, d’autre part, les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale dans le domaine des déplacements aériens — ressort clairement.

[61] Après près d’une dizaine d’années d’application du Programme de protection des passagers (mieux connu sous le nom de « liste d’interdiction de vol ») par l’intermédiaire de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, le Parlement a cherché à créer un régime législatif particulier pour l’application de ce programme (affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 5). En conséquence, la *Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20, loi d’ensemble qui a modifié et restructuré en profondeur le droit de la sécurité nationale au Canada, a créé la LSDA en 2015. Après l’élection fédérale de 2015, la 42<sup>e</sup> législature

received royal assent on June 21, 2019. Once again, this omnibus legislation sought to redraw the legal landscape regarding national security in Canada and accordingly amended an array of legislation, including the SATA.

[62] The SATA's objective of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians in relation to air travel is evidenced in its short title: "*Secure Air Travel Act*" as well as its legislative title: "*An Act to enhance security relating to transportation and to prevent air travel for the purpose of engaging in acts of terrorism.*" Moreover, the summary of the *Anti-Terrorism Act, 2015* confirms this object, noting the following:

*Anti-terrorism Act, 2015*, S.C. 2015, c. 20

Part 2 enacts the *Secure Air Travel Act* in order to provide a new legislative framework for identifying and responding to persons who may engage in an act that poses a threat to transportation security or who may travel by air for the purpose of committing a terrorism offence. That Act authorizes the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to establish a list of such persons and to direct air carriers to take a specific action to prevent the commission of such acts. In addition, that Act establishes powers and prohibitions governing the collection, use and disclosure of information in support of its administration and enforcement. That Act includes an administrative recourse process for listed persons who have been denied transportation in accordance with a direction from the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and provides appeal procedures for persons affected by any decision or action taken under that Act. That Act also specifies punishment for contraventions of listed provisions and authorizes the Minister of Transport to conduct inspections and issue compliance orders. Finally, this Part makes consequential amendments to the *Aeronautics Act* and the *Canada Evidence Act*.

[63] A few years later, the *National Security Act, 2017*, which amended an array of legislation relating to national security, including the SATA, was passed; its

du Canada a adopté la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13, qui a obtenu la sanction royale le 21 juin 2019. Une fois de plus, cette loi d'ensemble visait à remanier le paysage juridique concernant la sécurité nationale au Canada et elle a donc modifié tout un éventail de lois, dont la LSDA.

[62] L'objectif de la LSDA — protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et la sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens — est ce qui ressort de son titre abrégé, « *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* », ainsi que de son titre législatif, « *Loi concernant l'amélioration de la sûreté visant les transports et la prévention des déplacements aériens dont l'objet est la perpétration d'actes de terrorisme* ». Par ailleurs, le sommaire de la *Loi antiterroriste de 2015* confirme cet objet en indiquant ce qui suit :

*Loi antiterroriste de 2015*, L.C. 2015, ch. 20

La partie 2 édicte la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens* qui constitue un nouveau cadre législatif en vue de l'identification des personnes qui pourraient participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports ou qui pourraient se déplacer en aéronef dans le but de commettre une infraction de terrorisme et en vue de l'intervention à leur égard. Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est autorisé à établir une liste de telles personnes et à enjoindre aux transporteurs aériens de prendre la mesure qu'il précise pour prévenir la commission de tels actes. Cette loi établit aussi les pouvoirs et les interdictions régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements afin d'assister le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile dans son application et son exécution. Elle prévoit un processus de recours administratif pour les personnes inscrites qui ont fait l'objet d'un refus de transport au titre d'une directive du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile ainsi qu'un processus d'appel pour les personnes touchées par une décision ou une mesure prise au titre de cette loi. Celle-ci prévoit en outre les peines pour les infractions aux dispositions énumérées et autorise le ministre des Transports à mener des inspections et à prendre des mesures d'exécution. De plus, elle modifie la *Loi sur l'aéronautique* et la *Loi sur la preuve au Canada* en conséquence.

[63] Quelques années plus tard, la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, qui modifiait tout un éventail de dispositions législatives concernant la sécurité nationale,

overall purpose being to address concerns expressed by civil society and experts alike regarding a perceived failure of the *Anti-terrorism Act, 2015* to balance national security interests with individual rights and freedoms. This is reflected in its preamble, which stipulates the following:

*National Security Act, 2017*, 2019 S.C., c. 13

#### **Preamble**

Whereas a fundamental responsibility of the Government of Canada is to protect Canada's national security and the safety of Canadians;

Whereas that responsibility must be carried out in accordance with the rule of law and in a manner that safeguards the rights and freedoms of Canadians and that respects the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

Whereas the Government of Canada is committed to enhancing Canada's national security framework in order to keep Canadians safe while safeguarding their rights and freedoms;

Whereas the Government of Canada, by carrying out its national security and information activities in a manner that respects rights and freedoms, encourages the international community to do the same;

Whereas enhanced accountability and transparency are vital to ensuring public trust and confidence in Government of Canada institutions that carry out national security or intelligence activities;

Whereas those institutions must always be vigilant in order to uphold public safety;

Whereas those institutions must have powers that will enable them to keep pace with evolving threats and must use those powers in a manner that respects the rights and freedoms of Canadians;

Whereas many Canadians expressed concerns about provisions of the *Anti-terrorism Act, 2015*;

And whereas the Government of Canada engaged in comprehensive public consultations to obtain the views of Canadians on how to enhance Canada's national security

dont la LSDA, a été adoptée. Elle avait pour objet général de répondre aux préoccupations exprimées par la société civile et des experts quant au défaut perçu de la *Loi antiterroriste de 2015* de mettre en balance les intérêts relatifs à la sécurité nationale et les droits et libertés individuels. C'est ce qu'il ressort de son préambule :

*Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, L.C. 2019, ch. 13

#### **Préambule**

Attendu :

que la protection de la sécurité nationale et de la sécurité des Canadiens est l'une des responsabilités fondamentales du gouvernement du Canada;

que le gouvernement du Canada a l'obligation de s'acquitter de cette responsabilité dans le respect de la primauté du droit et d'une manière qui protège les droits et libertés des Canadiens et qui respecte la *Charte canadienne des droits et libertés*;

que le gouvernement du Canada est résolu à consolider le cadre fédéral de sécurité nationale dans le but d'assurer la sécurité des Canadiens tout en préservant leurs droits et libertés;

que le gouvernement du Canada, du fait qu'il exerce les activités liées à la sécurité nationale et au renseignement d'une manière qui respecte les droits et libertés, encourage la communauté internationale à faire de même;

que la confiance de la population envers les institutions fédérales chargées d'exercer des activités liées à la sécurité nationale ou au renseignement est tributaire du renforcement de la responsabilité et de la transparence dont doivent faire preuve ces institutions;

que ces institutions fédérales doivent constamment faire preuve de vigilance pour assurer la sécurité du public;

que ces institutions fédérales doivent en outre disposer de pouvoirs leur permettant de faire face aux menaces en constante évolution et exercer ces pouvoirs d'une manière qui respecte les droits et libertés des Canadiens;

que nombre de Canadiens ont exprimé des préoccupations au sujet de dispositions de la *Loi antiterroriste de 2015*;

que le gouvernement du Canada a entrepris de vastes consultations publiques afin de recueillir l'avis des Canadiens quant à la façon de consolider le cadre fédéral



framework and committed to introducing legislation to reflect the views and concerns expressed by Canadians;

Now, therefore, Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

[64] Read together, the long and the short title of the SATA, the summary of the *Anti-Terrorism Act, 2015* and the preamble of the *National Security Act, 2017*, reveal the object of the SATA and how it fits into the overall legislative architecture of Canada's national security legislative scheme. Indeed, the *Anti-Terrorism Act, 2015* demonstrates that the object of the SATA is to give the Minister the ability to identify and respond to persons that pose a threat to transportation security or may travel by air for the purpose of committing a terrorism offence while ensuring affected persons are provided with both an administrative review and with an appeal mechanism that must protect confidential information. However, the preamble of the *National Security Act, 2017*, allows the reader to situate this objective within Parliament's overarching objective regarding national security: ensuring a careful balance between the rights and freedoms of individuals while protecting Canada's national security and the safety of Canadians.

[65] The legislative object of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians with regard to air travel, in a manner that carefully balances this with the rights and freedoms of individuals, is consistent with the relevant jurisprudential context at the time of the *enactment* of the SATA. Indeed, in the context of certificate proceedings under the IRPA, the Supreme Court of Canada had made it clear in years prior that a careful balance must be achieved between the collective interest in protecting confidential information for national security reasons and the interest in protecting individual rights and freedoms. See *Harkat (2014)*, at paragraphs 40–44 and *Charkaoui I*, at paragraph 1, the latter stating the following:

de sécurité nationale et qu'il s'est engagé à déposer un projet de loi qui tienne compte des préoccupations et des avis exprimés par les Canadiens,

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

[64] Lus conjointement, les titres intégral et abrégé de la LSDA, le sommaire de la *Loi antiterroriste de 2015* et le préambule de la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*, révèlent l'objet de la LSDA et la manière dont celle-ci s'intègre dans l'architecture législative générale du régime législatif du Canada en matière de sécurité nationale. En fait, selon la *Loi antiterroriste de 2015*, l'objet de la LSDA est de conférer au ministre la possibilité d'identifier les personnes qui présentent une menace pour la sécurité des transports ou qui peuvent se déplacer par voie aérienne dans le but de commettre une infraction de terrorisme, ainsi que de prendre les mesures d'intervention nécessaires, tout en veillant à ce que les personnes visées bénéficient à la fois d'un examen administratif et d'un mécanisme d'appel qui doit protéger les renseignements confidentiels. Cependant, le préambule de la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale* permet au lecteur de situer cet objectif au sein de l'objectif prépondérant du Parlement quant à la sécurité nationale : trouver un juste équilibre entre les droits et libertés des individus et la protection de la sécurité du Canada et celle des Canadiens.

[65] L'objectif législatif que constitue la protection des intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et de sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens, et ce, de manière à ce qu'il soit soigneusement en équilibre avec les droits et libertés des individus, concorde avec le contexte jurisprudenciel à l'époque de l'adoption de la LSDA. En fait, dans le contexte des procédures relatives aux certificats qui relevaient de la LIPR, la Cour suprême du Canada avait clairement indiqué dans les années précédentes qu'il était nécessaire de trouver un juste équilibre entre l'intérêt collectif à l'égard de la protection des renseignements confidentiels pour des raisons de sécurité nationale et l'intérêt relatif à la protection des droits et libertés individuels. Voir l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 40 à 44, et l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 1, qui indique ce qui suit :

One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance. [Emphasis added.]

[66] These two decisions were mentioned on numerous occasions by members of the legislature and witnesses before Parliament's two chambers when studying and debating the creation of the SATA in 2015 as well as during the amendment of the SATA between 2017 and 2019. For instance, see *Debates of the Senate*, 41st Parl., 2nd Sess., Vol. 149, No. 142 (14 May 2015), at pages 3388–3389 (Hon. Senator Claudette Tardif) and House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security, [*Evidence*], 42nd Parl., 1st Sess., No. 90 (7 December 2017), at pages 12–13 (Cara Zwibel).

[67] In sum, this general object of balancing national security and the safety of Canadians with individual rights and freedoms is evident when one considers the SATA in its overall legislative context. Accordingly, when interpreting the legislative framework set out in the SATA, this general object must animate one's understanding of a statute's words. See *Rizzo*, at paragraph 21 and *Rafilovich*, at paragraph 97.

## (2) Operation of the SATA

[68] The provisions of the SATA outline the authority of the Minister to list individuals under the SATA, to share information related to this list with domestic and foreign partners, and to direct air carriers to take the necessary measures to prevent persons from engaging or attempting to engage in an act that threatens aviation security or to prevent travel for the purpose of terrorism. The SATA also includes an internal administrative

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable. [Non souligné dans l'original.]

[66] Ces deux arrêts ont été mentionnés à maintes reprises par divers députés et témoins devant les deux chambres du Parlement lors de l'étude et des débats concernant la création de la LSDA en 2015, ainsi qu'au cours de la modification de cette loi entre 2017 et 2019. Par exemple, voir les *Débats du Sénat*, 41<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 149, fascicule n<sup>o</sup> 142 (14 mai 2015), aux pages 3388 et 3389 (l'hon. sénatrice Claudette Tardif) et le Comité permanent de la sécurité publique et nationale [de la Chambre des communes, *Témoignages*], 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 90 (7 décembre 2017), aux pages 12 et 13 (Cara Zwibel).

[67] En résumé, cet objet général — la mise en équilibre de la sécurité nationale et de la sécurité des Canadiens avec les droits et libertés individuels — est évident si l'on considère la LSDA dans son contexte législatif général. Par conséquent, c'est cet objet général qui doit animer la manière dont on comprend le libellé d'une loi lors de l'interprétation du cadre législatif énoncé dans la LSDA. Voir l'arrêt *Rizzo*, au paragraphe 21, et l'arrêt *Rafilovich*, au paragraphe 97.

## 2) L'application de la LSDA

[68] Les dispositions de la LSDA énoncent le pouvoir qu'a le ministre d'inscrire des personnes sur une liste sous le régime de la LSDA, de partager des renseignements relatifs à cette liste avec des partenaires nationaux et étrangers, et d'ordonner aux transporteurs aériens de prendre les mesures nécessaires pour empêcher des personnes de participer ou de tenter de participer à un acte qui menacerait la sécurité aérienne ou de se déplacer en

recourse mechanism for persons listed under the SATA in order to have their names removed from the list as well as a right of appeal to the Federal Court, the latter to be canvassed in detail in the following section.

[69] The starting point of any statutory analysis of the SATA is section 8. This section provides for the establishing of a list by the Minister (or their delegate) of persons whom they have “reasonable grounds to suspect” will:

*Security Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11

**List**

**8 (1) ...**

(a) engage or attempt to engage in an act that would threaten transportation security; or

(b) travel by air for the purpose of committing an act or omission that

(i) is an offence under section 83.18, 83.19 or 83.2 of the *Criminal Code* or an offence referred to in paragraph (c) of the definition *terrorism offence* in section 2 of that Act, or

(ii) if it were committed in Canada, would constitute an offence referred to in subparagraph (i).

[70] The scope of this power to list persons at subsection 8(1) includes all persons, both inside and outside Canada (subsection 4(1)), and includes acts or omissions committed outside Canada that would contravene the SATA if committed in Canada, which are considered for the purpose of the SATA as acts committed within Canada (section 5). The list includes the first, middle and surname, any known alias, the date of birth, and the gender of listed persons (subsection 8(1)).

[71] This list must be reviewed by the Minister (or their delegate) every 90 days to determine if the grounds on which a person was listed still exist (subsection 8(2))

vue de commettre un acte terroriste. La LSDA inclut également, pour les personnes inscrites sous son régime, un mécanisme de recours administratif interne qui permet de faire radier leurs noms de la liste ainsi que le droit de faire appel auprès de la Cour fédérale, lequel droit est analysé en détail dans la section qui suit.

[69] L'article 8 est le point de départ de n'importe quelle analyse législative de la LSDA. Cette disposition prévoit l'établissement, par le ministre (ou son délégué), d'une liste dans laquelle est inscrite toute personne à l'égard de laquelle il a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle :

*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11

**Liste**

**8 (1) [...]**

a) soit participera ou tentera de participer à un acte qui menacerait la sûreté des transports;

b) soit se déplacera en aéronef dans le but de commettre un fait — acte ou omission — qui :

(i) constitue une infraction visée aux articles 83.18, 83.19 ou 83.2 du *Code criminel* ou à l'alinéa c) de la définition de *infraction de terrorisme* à l'article 2 de cette loi,

(ii) s'il était commis au Canada, constituerait une des infractions mentionnées au sous-alinéa (i).

[70] La portée de ce pouvoir du ministre d'établir une liste de personnes prévu au paragraphe 8(1) englobe toutes les personnes, situées tant au Canada qu'à l'étranger (paragraphe 4(1)), ainsi que les actes ou les omissions commis à l'étranger qui, s'ils étaient commis au Canada, contreviendraient à la LSDA, des actes ou des omissions qui, pour l'application de la LSDA, sont réputés avoir été commis au Canada (article 5). La liste inclut les noms et prénoms, tout nom d'emprunt, la date de naissance et le genre des personnes inscrites (paragraphe 8(1)).

[71] Cette liste doit être examinée par le ministre (ou son délégué) tous les 90 jours afin de déterminer si les motifs pour lesquels une personne a été inscrite existent

and can be amended at any time in order to remove a name or to amend information relating to a listed person (subsection 8(3)). Moreover, this list and its contents are secret as section 20 clearly prohibits the disclosure of the list or its contents, but for in accordance with the exceptions stated in the SATA. In fact, a listed individual only becomes aware that they are on the list when they are denied transportation at an airport (see subsection 8(1) and paragraph 9(1)(a) of the SATA and the affidavit of Lesley Soper, at paragraph 20).

[72] Section 10 of the SATA provides that the Minister may collect information from, and disclose information to, the Minister of Transport, the Minister of Citizenship and Immigration, the Royal Canadian Mounted Police (RCMP), the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), the Canada Border Services Agency (CBSA), and any other person or entity designated by regulations. The Minister may also share information obtained, or even the list itself, in whole or in part, with foreign states it holds written agreements with, as well as receive information from these foreign states (sections 11 and 12).

[73] In practice, the members of the Passenger Protect Advisory Group (Advisory Group), chaired by Public Safety Canada, provide information to the Minister's delegate in order to determine who will be placed on the SATA list. The nominating members of the Advisory Group (Transport Canada, the CSIS, the RCMP, and the CBSA) present the full membership of the Advisory Group a recommendation for listing, including a report providing information on an individual, as well as sufficient information to support their addition to the SATA list. The listing of the individual in question is then considered by the Advisory Group, which advises the Minister's delegate (usually a Senior Assistant Deputy Minister) on whether to ultimately list the individual pursuant to subsection 8(1) of the SATA. Review and updates of listings under subsection 8(2) are undertaken according to a similar procedure. See affidavit of Lesley Soper, at paragraphs 9–12.

encore (paragraphe 8(2)) et elle peut être modifiée en tout temps pour enlever un nom ou changer les renseignements visant une personne inscrite (paragraphe 8(3)). Par ailleurs, cette liste et son contenu sont secrets, car l'article 20 interdit expressément leur communication, sauf pour ce qui est des exceptions indiquées dans la LSDA. En fait, une personne inscrite n'apprend que son nom figure sur la liste qu'au moment où on l'empêche dans un aéroport de monter à bord d'un aéronef (voir le paragraphe 8(1) ainsi que l'alinéa 9(1)a) de la LSDA, et l'affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 20).

[72] L'article 10 de la LSDA prévoit que le ministre peut recueillir des renseignements auprès des personnes ou des entités qui suivent, ou leur en communiquer : le ministre des Transports, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, la Gendarmerie royale du Canada (GRC), le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS), l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC), de même que toute autre personne ou entité désignée par règlement. Le ministre peut également communiquer des renseignements obtenus, voire la liste elle-même, en tout ou en partie, à des États étrangers avec lesquels il a conclu des ententes écrites, ainsi que recevoir des renseignements de ces derniers (articles 11 et 12).

[73] En pratique, les membres du Groupe consultatif sur la protection des passagers (le Groupe consultatif), que préside Sécurité publique Canada, fournissent des renseignements au délégué du ministre afin de déterminer qui sera inscrit sur la liste de la LSDA. Les membres du Groupe consultatif qui sont chargés de nommer les personnes en question (Transports Canada, le SCRS, la GRC et l'ASFC) présentent à l'ensemble des membres du Groupe consultatif une recommandation d'inscription, ce qui inclut un rapport fournissant des renseignements sur une personne, de même qu'assez de renseignements pour étayer l'ajout de cette personne à la liste de la LSDA. L'inscription de la personne en question est ensuite examinée par le Groupe consultatif, qui fait savoir au délégué du ministre (généralement un sous-ministre adjoint principal) s'il y a lieu d'inscrire en fin de compte la personne, conformément au paragraphe 8(1) de la LSDA. L'examen et les mises à jour des inscriptions, comme le prévoit le paragraphe 8(2), se

[74] Key to the operation of the SATA regime are air carriers themselves. The SATA notably requires that all accredited air carriers or reservation operators working out of Canada, or for flights coming to Canada, comply with the SATA and its regulations before allowing any person to board an aircraft or transporting any person (subsection 6(1)). This includes the requirement to provide information concerning the persons who are on board or expected to be on board an aircraft for any flight (subsection 6(2)).

[75] In practice, the SATA list is disclosed to Transport Canada pursuant to section 10 of the SATA who, in turn, discloses the list to air carriers and operators of aviation reservation systems pursuant to paragraph 13(a) of the SATA. Air carriers are then required, pursuant to subsection 5(1) of the *Secure Air Travel Regulations*, SOR/2015-181 (Regulations), to verify the identity of any persons who appear to be 18 years of age or older by comparing their name with the names of listed persons before issuing a boarding pass. Should the name of an individual match that of a listed person, the air carrier or reservation operator must not allow the person in question to obtain a boarding pass and must compare their name, date of birth, and gender to those of the listed person (subsection 5(2) of the Regulations). If a match is identified, the air carrier or reservation operator has a duty to inform the Minister of Transport of the match, who in turn contacts Public Safety Canada (subsection 5(3) of the Regulations; affidavit of Lesley Soper, at paragraph 16).

[76] Should a positive match arise, subsection 9(1) of the SATA provides the Minister with the power to direct an air carrier to “take a specific, reasonable and necessary action to prevent a listed person from engaging in any act set out in subsection 8(1)” as well as the power to “make directions respecting, in particular, (a) the denial of transportation to a person; or (b) the screening

déroulent d’une manière semblable. Voir l’affidavit de Lesley Soper, aux paragraphes 9 à 12.

[74] Les transporteurs aériens constituent eux-mêmes un élément clé de l’application du régime de la LSDA. La LSDA exige notamment que tous les transporteurs aériens ou exploitants de systèmes de réservation agréés fournissant leurs services à partir du Canada, ou pour des vols arrivant au Canada, se conforment à la LSDA et à ses règlements à l’égard de quiconque se trouve ou se trouvera vraisemblablement à bord d’un aéronef pour tout vol (paragraphe 6(2)).

[75] En pratique, la liste de la LSDA est communiquée à Transports Canada en vertu de l’article 10 de la LSDA et ce ministère, à son tour, communique la liste aux transporteurs aériens ainsi qu’aux exploitants de systèmes de réservation de services aériens en application de l’alinéa 13a) de la LSDA. Ensuite, conformément au paragraphe 5(1) du *Règlement sur la sûreté des déplacements aériens*, DORS/2015-181 (le Règlement), les transporteurs aériens sont tenus de vérifier l’identité de toute personne qui semble être âgée de 18 ans ou plus en comparant son nom avec ceux des personnes inscrites avant de lui remettre une carte d’embarquement. Si le nom d’une personne correspond à celui d’une personne inscrite, le transporteur aérien ou l’exploitant du système de réservation ne peut pas permettre à la personne en question d’obtenir une carte d’embarquement et il est tenu de comparer les nom, date de naissance et sexe figurant sur les pièces d’identité présentées avec ceux de la personne inscrite (paragraphe 5(2) du Règlement). S’il y a correspondance, le transporteur aérien ou l’exploitant de service de réservation est tenu d’en informer le ministre des Transports, qui, à son tour, entre en contact avec Sécurité publique Canada (paragraphe 5(3) du Règlement; affidavit de Lesley Soper, au paragraphe 16).

[76] S’il y a une correspondance positive, le paragraphe 9(1) de la LSDA confère au ministre le pouvoir d’ordonner au transporteur aérien de « prendre la mesure raisonnable et nécessaire qu’il précise en vue d’éviter qu’une personne inscrite commette les actes visés au paragraphe 8(1) » ainsi que celui de « donner des directives relatives, notamment a) au refus de transporter une



of a person before they enter a sterile area of an airport or board an aircraft.” Should a denial of transportation under paragraph 9(1)(a) be directed, the listed person is provided with written notice to this effect. As seen earlier, this is the first time a person becomes aware that their name is included on the SATA list as, barring denial, a listed person is not advised that their name is on the SATA list.

[77] Subsection 15(1) of the SATA provides an individual who has been denied transportation pursuant to section 9 of the SATA an administrative recourse to have their name removed from the SATA list. The individual in question can apply in writing to the Minister within 60 days after the day on which they were denied transportation, although an extension may be granted pursuant to subsection 15(2). On receipt of the application, the Minister must decide whether there “are still reasonable grounds to maintain the applicant’s name on the list” pursuant to subsection 15(4).

[78] In considering a listed person’s application for administrative recourse, the nominating member of the Advisory Group will provide information to help the Minister determine whether reasonable grounds exist to maintain the person’s name on the SATA list. The Minister will also provide the listed person with a “reasonable opportunity to make representations”, which the Minister will consider in their decision (subsection 15(3)). However, section 15 of the SATA imposes no explicit obligation on the Minister to disclose any information to a listed person in order to assist them in making representations. That being said, each appellant in these appeals was provided with a two-page “unclassified summary” of the information that was placed before the Minister along with a statement that the Minister would also consider “classified information” in his decision. (Affidavit of Lesley Soper, Document ii of Exhibit B.)

[79] Finally, once the Minister makes a decision on the listed individual’s application for administrative recourse pursuant to subsection 15(4), the Minister must

personne; b) au contrôle dont une personne fait l’objet avant d’entrer dans une zone stérile de l’aéroport ou de monter à bord d’un aéronef ». S’il est refusé de transporter une personne en application de l’alinéa 9(1)a), la personne inscrite reçoit un avis écrit à cet effet. Comme nous l’avons vu plus tôt, il s’agit de la première fois où la personne apprend que son nom est inscrit sur la liste de la LSDA, car, en l’absence d’un refus, une personne inscrite n’est pas informée que son nom figure sur cette liste.

[77] Le paragraphe 15(1) de la LSDA prévoit qu’une personne ayant fait l’objet d’un refus de transport en application de l’article 9 de la LSDA dispose d’un recours administratif permettant de faire radier son nom de la liste. Cette personne peut en faire la demande par écrit au ministre, dans les 60 jours suivant le refus, mais une prolongation peut être accordée en vertu du paragraphe 15(2). Le ministre, lorsqu’il reçoit la demande, doit décider s’il « existe encore des motifs raisonnables qui justifient l’inscription du nom du demandeur sur la liste » conformément au paragraphe 15(4).

[78] Pour examiner la demande de recours administratif d’une personne inscrite, le membre du Groupe consultatif qui l’a nommée fournit des renseignements en vue d’aider le ministre à décider s’il existe des motifs raisonnables pour maintenir le nom de la personne sur la liste de la LSDA. Le ministre donne aussi à la personne inscrite la « possibilité de faire des observations » dont il tiendra compte au moment de rendre sa décision (paragraphe 15(3)). Cependant, l’article 15 de la LSDA ne l’oblige pas explicitement à communiquer des renseignements à une personne inscrite afin de l’aider à formuler des observations. Cela dit, dans le cadre des présents appels, chaque appellant a reçu un [TRADUCTION] « résumé non confidentiel », de deux pages, des renseignements qui ont été présentés au ministre de même qu’une déclaration portant que ce dernier tiendrait compte aussi de [TRADUCTION] « renseignements confidentiels » pour parvenir à sa décision. (Affidavit de Lesley Soper, document ii de la pièce B.)

[79] Enfin, une fois que le ministre rend sa décision sur la demande de recours administratif d’une personne inscrite en application du paragraphe 15(4), il est tenu

give notice to the listed individual without delay (subsection 15(5)). However, pursuant to subsection 15(6), if the Minister does not make a decision within a period of 120 days after the day that the application is received, the Minister is deemed to have decided to remove the individual's name from the list. The Minister may nevertheless extend this period by an additional 120 days, upon notice, if there is a lack of sufficient information available to make a decision.

### (3) Appeal Provisions of the SATA

[80] Beyond the internal decision-making process and administrative recourse provisions in the SATA, the legislative scheme provides for an external appeal to the Chief Justice of the Federal Court, or a judge designated by the Chief Justice, pursuant to the appeal procedures set out in section 16 of the SATA. In particular, the SATA provides that a person listed pursuant to section 8, who has been denied transportation as a result of a direction made pursuant to section 9, may appeal a decision made under section 15 within 60 days of the notice of decision (see subsections 16(1) and 16(2)). Pursuant to paragraph 63(1)(e) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the originating document to begin this process is a notice of appeal. In the present appeals, the parties submitted notices of appeal in accordance with the *Federal Court Rules*.

[81] Subsection 16(4) tasks the designated judge with determining “whether the decision [of the Minister pursuant to section 15] is reasonable on the basis of the information available to the judge” and that this determination must be done “without delay.” Should the decision be deemed unreasonable, subsection 16(5) allows the judge to order that an appellant's name be removed from the list. These subsections are key in defining the nature of the appeal under the SATA as they: set the standard applicable for the designated judge's review, do not limit the evidence before the judge to the evidence that was before the Minister, and allocate powers to the judge to directly make a decision concerning the removal of an individual from the SATA list.

d'en donner avis sans délai à la personne inscrite (paragraphe 15(5)). Cependant, d'après le paragraphe 15(6), si le ministre ne rend pas sa décision dans les 120 jours suivant la réception de la demande, il est réputé avoir décidé de radier de la liste le nom de la personne. Il peut néanmoins prolonger cette période d'un délai supplémentaire de 120 jours, moyennant un avis, s'il ne dispose pas d'assez de renseignements pour rendre une décision.

### 3) Les dispositions en matière d'appel de la LSDA

[80] Outre le processus décisionnel interne et le recours administratif de la LSDA, le régime législatif prévoit qu'il est possible d'interjeter un appel externe auprès du juge en chef de la Cour fédérale, ou d'un juge désigné par ce dernier, conformément aux procédures d'appel décrites à l'article 16 de la LSDA. Plus précisément, cette loi prévoit qu'une personne inscrite en vertu de l'article 8, qui a fait l'objet d'un refus de transport à la suite d'une directive donnée en application de l'article 9, peut présenter une demande d'appel de la décision visée à l'article 15, et ce, dans les 60 jours suivant la date de l'avis de cette décision (voir les paragraphes 16(1) et 16(2)). Aux termes de l'alinéa 63(1)e) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, l'acte introductif d'instance est un avis d'appel. Dans le cas des présents appels, les parties ont déposé des avis d'appel conformément aux *Règles des Cours fédérales*.

[81] Le paragraphe 16(4) confie au juge désigné la tâche de déterminer « si la décision [du ministre prise en vertu de l'article 15] est raisonnable compte tenu de l'information dont il dispose », et cette détermination doit avoir lieu « [d]ès qu'il est saisi de la demande ». Si le juge conclut que la décision est déraisonnable, le paragraphe 16(5) lui permet d'ordonner que le nom de l'appellant soit radié de la liste. Ces dispositions sont importantes pour définir la nature de l'appel interjeté sous le régime de la LSDA, car elles fixent la norme qui s'applique à l'examen qu'effectue le juge désigné, elles ne limitent pas les éléments de preuve soumis au juge à ceux qui ont été présentés au ministre, et elles confèrent au juge le pouvoir de rendre directement une décision au sujet de la radiation du nom d'une personne de la liste de la LSDA.

[82] To frame the appeal, subsection 16(6) of the SATA sets out numerous procedural provisions:

*Security Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11

**16 (1) ...**

**Procedure**

(6) The following provisions apply to appeals under this section:

(a) at any time during a proceeding, the judge must, on the request of the Minister, hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(b) the judge must ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(c) throughout the proceeding, the judge must ensure that the appellant is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the Minister's case but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(d) the judge must provide the appellant and the Minister with an opportunity to be heard;

(e) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(f) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant;

(g) if the judge determines that information or other evidence provided by the Minister is not relevant or if the Minister withdraws the information or evidence, the judge must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister; and

[82] Pour structurer l'appel, le paragraphe 16(6) de la LSDA contient de nombreuses dispositions de nature procédurale :

*Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11

**16 (1) [...]**

**Procédure**

(6) Les règles ci-après s'appliquent aux appels visés au présent article :

a) à tout moment pendant l'instance et à la demande du ministre, le juge doit tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'appellant et de son conseil dans le cas où la communication des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

b) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'appellant un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la communication porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'appellant d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

d) il donne à l'appellant et au ministre la possibilité d'être entendus;

e) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

f) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'appellant;

g) s'il décide que les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire, il ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu de les remettre au ministre;

(h) the judge must ensure the confidentiality of all information or other evidence that the Minister withdraws.

[83] Finally, section 17 of the SATA confirms that section 16 of the SATA applies to any further appeal of the decision, with necessary modifications.

[84] Overall, an analysis of the SATA in its entirety demonstrates that the provisions, regulations and practices relating to the listing of individuals, the prohibitions regarding disclosure of information, the strategic sharing of information with select partners, and the issuing and application of directions to deny transportation or to screen individuals, are key measures in furthering the SATA's objective of protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians in relation to air travel. However, a plain reading of these provisions, along with the operational practices in place, demonstrates that the listed individual is not involved in the procedure set out in the SATA until such time they are denied transportation, if ever.

[85] Therefore, a holistic reading of the SATA suggests that this legislative scheme relies on the administrative recourse provisions at section 15 and the appeal provisions at section 16 to balance the SATA's object of protecting national security interests with its object of ensuring the protection of individual rights and freedoms. As the administrative recourse provisions at section 15 offer no explicit guarantee of disclosure, and a limited opportunity to make "written submissions", a heavy burden is therefore placed on the appeal mechanism in section 16 of the SATA to ensure the balance sought by the SATA.

[86] More specifically, given the broad discretion afforded to the designated judge in section 16 of the SATA, this substantial burden falls upon the designated judge who, as seen above, is given the heavy responsibility, among others, of ensuring the confidentiality of

h) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance.

[83] Enfin, l'article 17 de la LSDA confirme que l'article 16 s'applique, avec les adaptations nécessaires, à tout appel subséquent de la décision.

[84] Globalement, il ressort de l'analyse de la LSDA dans son ensemble que les dispositions, les règlements et les pratiques qui se rapportent à l'inscription de personnes, aux interdictions relatives à la communication de renseignements, à l'échange stratégique de renseignements avec des partenaires particuliers, de même qu'à la délivrance et à l'application de directives concernant le refus de transporter ou de contrôler des personnes, sont des mesures cruciales qui contribuent à atteindre l'objectif de la LSDA, soit la protection des intérêts du Canada en matière de sécurité nationale et de sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens. Cependant, il ressort d'une simple lecture de ces dispositions et des pratiques opérationnelles établies que la personne inscrite ne participe à la procédure énoncée dans la LSDA qu'après avoir fait l'objet d'un refus de transport, le cas échéant.

[85] Ainsi, une lecture holistique de la LSDA indique que ce régime législatif repose sur les dispositions en matière de recours administratif qui figurent à l'article 15 ainsi que sur les dispositions en matière d'appel qui figurent à l'article 16 pour mettre en balance l'objectif de la LSDA, soit la protection des intérêts en matière de sécurité nationale, avec son objet, qui consiste à assurer la protection des droits et libertés individuels. Étant donné que les dispositions en matière de recours administratif de l'article 15 n'offrent aucune garantie explicite de communication et ne donnent qu'une possibilité restreinte de présenter des « observations écrites », le mécanisme d'appel visé à l'article 16 de la LSDA a le lourd fardeau d'assurer l'équilibre que la LSDA vise à atteindre.

[86] Plus précisément, compte tenu du vaste pouvoir discrétionnaire que l'article 16 de la LSDA confère au juge désigné, ce lourd fardeau incombe à ce dernier qui, comme nous l'avons vu plus tôt, assume la lourde responsabilité de, notamment, garantir la confidentialité de tous

all sensitive information (paragraph 16(6)(b)) while also ensuring that the appellant is provided with summaries so that they may be reasonably informed of the Minister's case and with an opportunity to be heard (paragraphs 16(6)(c) and 16(6)(d)). This is a demanding task that requires a refined approach, particularly considering that this is the first opportunity throughout the entire SATA process for the appellant to "be heard". It is a sensitive balancing act where the designated judge must balance the protection of national security with the right to know and meet the case.

[87] What is more, the designated judge may also receive into evidence anything that is reliable and appropriate while also having the power to base their decision on information or other evidence, even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant (paragraphs 16(6)(e) and 16(6)(f)). Given the potential for instances where the designated judge will be obliged to rely on information or evidence that cannot be disclosed to the appellant, even in summary form, and therefore cannot be challenged by the appellant, an onerous burden is placed on a designated judge to ensure that they are able to ground their decision on the facts and the law in an independent and impartial manner.

[88] In order to knowledgeably answer the preliminary questions in these first appeals under the SATA, an in-depth understanding of the role of the designated judge is required; an analysis of this role shall be undertaken below, with particular emphasis on the past two decades of jurisprudence regarding designated judges and the statutory provisions of the SATA.

#### B. *ROLE OF THE DESIGNATED JUDGE*

[89] It is the position of the respondent that the role of the designated judge is fluid in these appeals: at times robust and interventionist during the disclosure phase, at other times akin to the role of a judge in a conventional judicial review during the merits phase. It is their submission that section 16 of the SATA provides for a

les renseignements confidentiels (alinéa 16(6)b)) tout en veillant à ce que l'on fournisse à l'appellant des résumés qui lui permettent d'être suffisamment informé de la thèse du ministre ainsi qu'une possibilité d'être entendu (alinéas 16(6)c) et 16(6)d)). Cette tâche exigeante exige une approche subtile, d'autant plus qu'il s'agit de la première possibilité, dans tout le processus de la LSDA, qu'a l'appellant d'être « entendu ». Il s'agit d'un délicat exercice de mise en balance dans le cadre duquel le juge désigné doit mettre en équilibre, d'une part, la protection de la sécurité nationale et, d'autre part, le droit de connaître la preuve qui pèse contre l'appellant et celui d'y répondre.

[87] Qui plus est, le juge désigné peut également recevoir et admettre en preuve tout élément digne de foi et utile, tout en ayant aussi le pouvoir de fonder sa décision sur des renseignements ou d'autres éléments de preuve, même si un résumé de ces renseignements ou ces autres éléments de preuve n'a pas été fourni à l'appellant (alinéas 16(6)e) et 16(6)f)). Vu le nombre possible de situations dans lesquelles le juge désigné sera obligé de se fonder sur des renseignements ou des éléments de preuve qui ne peuvent pas être communiqués à l'appellant, même sous forme résumée, et que ce dernier ne peut donc pas contester, le juge désigné a le lourd fardeau de s'assurer qu'il est capable de fonder sa décision sur les faits et le droit d'une manière indépendante et impartiale.

[88] Pour pouvoir répondre en toute connaissance de cause aux questions préliminaires que soulèvent les présents appels, les premiers qui sont interjetés sous le régime de la LSDA, il est nécessaire de bien comprendre le rôle que joue le juge désigné; ce rôle est analysé ci-après, et l'accent sera particulièrement mis sur les 20 dernières années de jurisprudence concernant les juges désignés et les dispositions législatives de la LSDA.

#### B. *LE RÔLE DU JUGE DÉSIGNÉ*

[89] L'intimé estime que, dans les présents appels, le juge désigné joue un rôle fluide : parfois vigoureux et interventionniste à l'étape de la divulgation, parfois semblable au rôle que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique, à l'étape du fond. Il est d'avis que l'article 16 de la LSDA prévoit une procédure



two-stage procedure, being: the disclosure phase and the merits phase. As the following reasons will demonstrate, I cannot agree with this position.

[90] As outlined above, the SATA is heavily reliant on the appeal mechanism in order to achieve its object of balancing Canada's collective national security interests with individual rights and freedoms. A simple reading of the appeal provisions at section 16 of the SATA make it clear that the designated judge is a central figure in ensuring this overall balance given the broad discretion afforded to them.

[91] Accordingly, this section will first analyze (1) the jurisprudence concerning the role of designated judges in national security and then proceed to analyze (2) the role attributed to the designated judge throughout section 16 of the SATA, interpreted with the help of the above-mentioned analysis of the SATA and relevant jurisprudence. From there, this Court will (3) compare the role assigned to the designated judge in the provisions of the SATA with the role assigned to the designated judge in the provisions of the IRPA.

[92] To summarize the findings below, this analysis leads me to conclude that the role of the designated judge in appeals under the SATA is that of a "gatekeeper" vested in not only ensuring the reasonableness of the Minister's decision but also a fair process that respects the fundamental rights and freedoms of the appellant while simultaneously securing the confidentiality of certain information in the interest of national security. Although the IRPA has a different purpose and some distinct attributes, it can be said that the designated judge is generally assigned a similar role in the SATA.

(1) Overview of Jurisprudence Regarding the Role of the Designated Judge

[93] Again, the respondent takes the position that the IRPA certificate procedure does not compare to the SATA appeal, although the respondent does recognize that the designated judge is to assume a robust and

en deux étapes : celle de la divulgation et celle du fond. Comme il ressort des motifs qui suivent, je ne puis souscrire à cette prétention.

[90] Ainsi qu'il a été indiqué plus tôt, la LSDA dépend dans une large mesure du mécanisme d'appel pour pouvoir atteindre son objectif de mettre en balance les intérêts collectifs du Canada en matière de sécurité nationale et les droits et libertés individuels. Une simple lecture des dispositions en matière d'appel qui sont énoncées à l'article 16 de la LSDA fait clairement ressortir que le juge désigné occupe une place centrale dans cet exercice de mise en balance général, vu le vaste pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré.

[91] En conséquence, la Cour analysera tout d'abord dans la présente section 1) la jurisprudence concernant le rôle des juges désignés en matière de sécurité nationale, et entreprendra ensuite d'analyser 2) le rôle attribué au juge désigné dans l'ensemble de l'article 16 de la LSDA, en l'interprétant avec l'aide de l'analyse susmentionnée de la LSDA et de la jurisprudence pertinente. Ensuite, la Cour 3) comparera le rôle attribué au juge désigné dans les dispositions de la LSDA avec celui qui est attribué au juge désigné dans les dispositions de la LIPR.

[92] Pour résumer les conclusions qui suivent, cette analyse m'amène à conclure que le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA est celui d'un « gardien » chargé non seulement de veiller au caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi à la présence d'un processus équitable qui respecte les droits et libertés fondamentaux de l'appelant, tout en préservant la confidentialité de certains renseignements dans l'intérêt de la sécurité nationale. Bien que la LIPR ait un objet différent et comporte quelques caractéristiques distinctes, on peut dire que le juge désigné se voit généralement attribuer un rôle semblable dans la LSDA.

1) Survol de la jurisprudence relative au rôle du juge désigné

[93] Une fois de plus, l'intimé fait valoir que la procédure des certificats que prévoit la LIPR ne se compare pas à l'appel que l'on interjette sous le régime de la LSDA, mais il reconnaît que le juge désigné est

interventionist role during the disclosure phase. Let us see what the jurisprudence says about the role of designated judges when dealing with national security matters.

[94] In national security matters, the overarching role of the designated judge is to be the arbiter of the “clash of the titans” between the collective interest in national security and the rights and freedoms of individuals. As these two pillars of our constitutional democracy collide in the context of national security, immense pressure is put on the core principles of our justice system such as the open court principle and the right to procedural fairness. The designated judge’s overall judicial duty is to reconcile this tension created as much as possible to ensure procedural fairness and the proper administration of justice while still protecting the exceptional collective interest in the secrecy of information and evidence in this context. To meet this task, they must begin by assuming the role of a “gatekeeper”. See *Harkat (2014)*, at paragraph 46.

[95] The role of the designated judge, as we know it today, was discussed at length by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* in the context of the issuance and review of certificates of inadmissibility for permanent residents or foreign nationals deemed to be a threat to national security pursuant to the IRPA. In the IRPA, there are provisions that permit public hearings and *ex parte* and *in camera* hearings (see paragraph 83(1)(c) of the IRPA). Similarly, the SATA provides for the same types of hearings (see paragraph 16(6)(a) of the SATA). Therefore, both the interested person in the IRPA as well as the appellant in the SATA are not present during these *ex parte* and *in camera* hearings, contrary to the fundamental value that a party be present all through the proceedings. This similarity between both proceedings is at the heart of the designated judge’s role. In these decisions penned by former Chief Justice McLachlin, the core principles of the designated judge’s role were clearly set out and have regularly been applied by courts since.

effectivement tenu de jouer un rôle vigoureux et interventionniste à l’étape de la divulgation. Voyons ce que dit la jurisprudence à propos du rôle que jouent les juges désignés lorsqu’ils sont saisis de questions relatives à la sécurité nationale.

[94] En matière de sécurité nationale, le rôle fondamental que joue le juge désigné consiste à arbitrer le « choc des titans » entre l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale et les droits et libertés des individus. Comme ces deux piliers de notre démocratie constitutionnelle viennent se heurter dans le contexte de la sécurité nationale, une intense pression est exercée sur les principes fondamentaux de notre système de justice comme le principe de la transparence des procédures judiciaires et le droit à l’équité procédurale. L’obligation judiciaire générale du juge désigné consiste à concilier pour le mieux cette tension pour assurer l’équité procédurale et la bonne administration de la justice, tout en continuant de protéger l’intérêt exceptionnel de la collectivité à l’égard du caractère secret des renseignements et des éléments de preuve dans ce contexte. Pour s’acquitter de cette tâche, le juge doit commencer par jouer le rôle d’un « gardien ». Voir l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46.

[95] Le rôle du juge désigné, tel que nous le connaissons aujourd’hui, a été analysé en détail par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* dans le contexte de la délivrance et du contrôle de certificats d’interdiction de territoire destinés à des résidents permanents ou des étrangers considérés comme une menace pour la sécurité nationale sous le régime de la LIPR. Dans cette loi, il y a des dispositions qui permettent de tenir des audiences publiques ainsi que des audiences *ex parte* et à huis clos (voir l’alinéa 83(1)c) de la LIPR). La LSDA prévoit elle aussi les mêmes genres d’audiences (voir l’alinéa 16(6)a) de la LSDA). C’est donc dire que l’intéressé, dans le cas de la LIPR, et l’appelant, dans le cas de la LSDA, ne sont pas présents lors de ces audiences *ex parte* et à huis clos, contrairement à la valeur fondamentale selon laquelle une partie doit être présente tout au long de l’instance. Cette similitude entre les deux instances touche le cœur même du rôle que joue le juge désigné. Dans ces arrêts rédigés par l’ancienne juge en chef McLachlin, les

[96] In *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada stated that designated judges must exercise their powers in a way that upholds the components of a fair judicial process. This notably requires a judge to be, as well as appear to be, independent and impartial (at paragraphs 32–47) and to base their decision on the facts and the law (at paragraphs 48–52). However, to do so, the Supreme Court of Canada has stated that the excluded party’s right to know the case against them and to be given the opportunity to answer that case must be upheld, or a substantial substitute to this right must be afforded (at paragraphs 53–64). What this entails is responsive to the circumstances (at paragraph 63). Consequently, designated judges must, to the best of their ability, exercise their powers in a way that ensures these components of a fair judicial process are upheld in the context of national security matters. Of course, given the exceptional context of designated proceedings relating to national security, this requires designated judges to take on a unique role.

[97] Indeed, in *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada held that the designated judge is “the only person capable of providing the essential judicial component of the process” (at paragraph 34) and must assume an “active role” (at paragraph 39); the designated judge must not be a “rubber stamp” (at paragraph 41) but must instead be “non-deferential” (at paragraph 42). The Supreme Court of Canada noted that this role is key to ensuring that a judge does not appear to be overly deferential to the government’s position and thus not appear to be independent and impartial (paragraphs 39–42). It also found that this active interventionist role, and the heightened ability to skeptically scrutinize and vet evidence it entails, is, in part, key in ensuring that the designated judge is able to make a decision based on the facts and the law (at paragraphs 48–52).

principes de base du rôle du juge désigné sont clairement énoncés et, depuis ce temps, les tribunaux les appliquent de manière régulière.

[96] Dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les juges désignés doivent exercer leurs pouvoirs d’une manière qui préserve les éléments d’un processus judiciaire équitable. Cela oblige notamment les juges à être, tant en réalité qu’en apparence, indépendants et impartiaux (aux paragraphes 32 à 47) et à fonder leur décision sur les faits et le droit (aux paragraphes 48 à 52). La Cour suprême du Canada a toutefois déclaré que, pour ce faire, il faut préserver le droit de la partie exclue de connaître la preuve qui pèse contre elle et lui donner la possibilité d’y répondre, ou lui accorder une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel ce droit (aux paragraphes 53 à 64). Ce que cela implique est fonction des circonstances (au paragraphe 63). En conséquence, les juges désignés doivent, du mieux qu’ils peuvent, exercer leurs pouvoirs d’une manière qui garantit que l’on préserve ces éléments d’un processus judiciaire équitable dans le contexte de la sécurité nationale. Bien sûr, compte tenu du contexte exceptionnel des instances désignées qui se rapportent à la sécurité nationale, cela oblige les juges désignés à jouer un rôle unique.

[97] En fait, dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a estimé que le juge désigné est « la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel » (au paragraphe 34) et qu’il doit jouer un « rôle actif » (au paragraphe 39); le juge désigné ne doit pas « entériner machinalement » la décision (au paragraphe 41), mais plutôt jouer un rôle qui « ne l’oblige pas à faire preuve de retenue » (au paragraphe 42). La Cour suprême du Canada a fait remarquer que ce rôle est crucial si l’on veut s’assurer que le juge ne semble pas faire preuve d’une retenue excessive à l’égard de la position du gouvernement et ne donne pas l’impression, de ce fait, d’être indépendant et impartial (aux paragraphes 39 à 42). Elle a également conclu que ce rôle interventionniste actif, de même que la capacité accrue de passer concrètement les éléments de preuve au crible que ce rôle implique, est, en partie, crucial pour garantir que le juge désigné est capable de rendre une décision qui repose sur les faits et le droit applicables (aux paragraphes 48 à 52).

[98] The core principles of this role were neatly reiterated and clarified seven years later by former Chief Justice McLachlin on behalf of the entire Court on this point in *Harkat (2014)*, at paragraph 46:

First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair: "... in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case" (C. Forcese and L. Waldman, "Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of 'Special Advocates' in National Security Proceedings" (2007) (online), at p. 60). Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account "considerations of fairness and natural justice" when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

[99] Reading this paragraph, we can conclude that even though a special advocate protects the interests of the concerned individual, the role of the designated judge does not change. Also of note is the final sentence of the foregoing paragraph where the limit of this "interventionist" role is firmly established as being one that is robust, while not going as far as to assume the functions of an "inquisitorial" judge. To better understand this limit, it is helpful to refer to the Supreme Court of Canada's comments in *Charkaoui I*, at paragraph 50, which briefly compare and contrast the inquisitorial system with the adversarial system:

There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence.

[98] Les principes fondamentaux de ce rôle ont été clairement réitérés et clarifiés sept ans plus tard par l'ancienne juge en chef McLachlin, qui s'est exprimée au nom de la Cour tout entière sur ce point, dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46 :

Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « ... dans un système d'avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l'absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu'il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D'ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu'il tienne compte des « considérations d'équité et de justice naturelle » dans l'instruction de l'instance : al. 83(1)a) *LIPR*. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[99] À la lecture de ce paragraphe, nous pouvons conclure que même si un avocat spécial protège les intérêts de l'intéressé, le rôle du juge désigné ne change pas. Il convient également de signaler la dernière phrase du paragraphe qui précède, qui indique que le rôle « interventionniste » joué par le juge peut bel et bien être qualifié de vigoureux, mais le juge ne doit toutefois pas aller jusqu'à s'arroger les fonctions d'un juge « inquisitoire ». Pour mieux saisir cette limite, il est utile de se reporter aux commentaires qu'a faits la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 50, où elle compare et met en contraste brièvement le système inquisitoire et le système contradictoire :

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer

[100] As mentioned earlier, although the Supreme Court of Canada's comments on the role of the designated judge in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* were made in the context of security certificate proceedings under the IRPA, in instances where legislative schemes require *ex parte* and *in camera* hearings for national security reasons (like the IRPA and the SATA), this Court has found in the past that this active and robust role extends to these national security proceedings as well. This is canvassed in *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391 (*X (Re) (2017)*), at paragraphs 31–32 in the context of privilege claims pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23:

The designated judge plays an expanded gatekeeper role in national security matters because he or she bears wider responsibilities, due to the confidential and closed nature of the proceedings. Both the jurisprudence and the legislation establish the responsibilities of the designated judge, notably the Supreme Court's *Harkat* decision in 2014 and the IRPA. The Supreme Court provided a useful synopsis of these responsibilities at paragraph 46 of *Harkat 2014*:

[Quotation omitted.]

Given that the designated judge's duties, as elaborated above, stem from an overriding responsibility to ensure fairness and the proper administration of justice, such duties are not limited to security certificate proceedings. The distinction between the responsibilities of the designated judge, *amici curiae*, and special advocates extends beyond certificate proceedings and applies to all relevant situations in the field of national security where confidential information and CSIS human source issues can arise.

[101] This special role in national security matters applies in all similar instances, unless, of course, the legislation at issue expressly assigns a different role than

pleinement à une procédure publique — pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents.

[100] Comme il a été mentionné plus tôt, même si les commentaires que fait la Cour suprême du Canada sur le rôle du juge désigné dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* ont été formulés dans le contexte d'instances relatives à des certificats de sécurité sous le régime de la LIPR, dans des cas où les régimes législatifs exigent la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos pour des raisons de sécurité nationale (comme la LIPR et la LSDA), notre Cour a conclu dans le passé que ce rôle actif et vigoureux s'étend également à ces instances relatives à la sécurité nationale. Cette question est analysée dans la décision *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391 (décision *X (Re) (2017)*), aux paragraphes 31 et 32 dans le contexte des revendications de privilège dont il est question à l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 :

En ce qui a trait aux questions touchant la sécurité nationale, le juge joue un rôle élargi de gardien parce que le caractère confidentiel et fermé des instances accroît l'importance de ses responsabilités. Tant la jurisprudence que la législation établissent les responsabilités du juge désigné, notamment l'arrêt *Harkat 2014* et la LIPR. Dans *Harkat 2014*, au paragraphe 46, la Cour suprême en offre un résumé utile :

[Citation omise.]

Comme il en est question ci-dessus, puisqu'elles découlent de la responsabilité prépondérante qui consiste à assurer l'équité et la bonne administration de la justice, les fonctions du juge désigné ne se limitent pas aux instances relatives aux certificats de sécurité. La distinction qui existe entre les responsabilités du juge désigné, des *amici curiae* et des avocats spéciaux va au-delà des instances relatives aux certificats de sécurité et s'applique à toute situation touchant la sécurité nationale pour laquelle peuvent être soulevées des questions relatives aux informations confidentielles et aux sources humaines du SCRS.

[101] Ce rôle spécial dans les affaires relatives à la sécurité nationale est exercé dans toutes les situations semblables sauf, bien sûr, si les dispositions législatives en



what was found to be constitutionally required in the context of the *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* decisions.

[102] In sum, consistent with the overarching judicial duty to ensure procedural fairness and the proper administration of justice in the context of national security, which extends beyond the IRPA, the designated judge must take all the alternative measures available within the limits of their relevant statutory and inherent powers to give effect to an individual's right to a fair judicial process in the circumstances. Of course, this will vary from one legislative scheme to the next. Given the exceptional restraints on the judicial process brought on by the need for secrecy to ensure national security, these alternative measures must ensure that the designated judge is still able to base their decision on the facts and the law, and must also ensure that the excluded party is provided with a substantial substitute to knowing the case against them and having the opportunity to answer that case. Should the active interventions of the designated judge alone be unable to ensure these fundamental components of a fair judicial process, their overarching role as a gatekeeper might require them to appoint an *amicus curiae* with a mandate tailored to assist the judge in upholding procedural fairness in the circumstances (*Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306 (*Khadr*), at paragraph 12).

[103] That being said, if the designated judge finds that the discretion and flexibility afforded to them to ensure a fair process is insufficient in the circumstances, their role and overarching duties dictate that “[they] must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate” (*Harkat (2014)*, at paragraph 4).

[104] Seeing as the SATA is the legislative scheme in these appeals, an in-depth understanding of the role of the designated judge when presiding over SATA appeals is essential. To achieve this comprehensive understanding, I will be analyzing how these general principles

cause attribuent expressément un rôle différent de celui qui a été considéré comme exigé par la Constitution dans le contexte des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*.

[102] En résumé, conformément à l'obligation générale qu'ont les juges d'assurer l'équité procédurale et la bonne administration de la justice dans le contexte de la sécurité nationale, obligation qui déborde le cadre de la LIPR, le juge désigné est tenu de prendre toutes les mesures de rechange dont il dispose dans les limites de ses pouvoirs inhérents et législatifs pertinents pour donner effet au droit d'un individu à un processus judiciaire équitable dans les circonstances. Il va sans dire que cela varie d'un régime législatif à l'autre. Compte tenu des restrictions exceptionnelles qu'impose au processus judiciaire la nécessité de préserver le secret afin de garantir la sécurité nationale, ces mesures de rechange doivent faire en sorte, d'une part, que le juge désigné est encore en mesure de fonder sa décision sur les faits et sur le droit et, d'autre part, que l'on fournit à la partie exclue une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l'essentiel » le droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'avoir la possibilité d'y répondre. Si les interventions actives du juge désigné sont incapables à elles seules de garantir ces éléments fondamentaux d'un processus judiciaire équitable, le rôle général de gardien qu'il joue pourrait l'obliger à désigner un *amicus curiae* dont le mandat viserait à aider le juge à préserver l'équité procédurale dans les circonstances (*Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306 (*Khadr*), au paragraphe 12).

[103] Cela dit, si le juge désigné considère que le pouvoir discrétionnaire et la souplesse dont il dispose pour assurer la tenue d'un processus équitable sont insuffisants dans les circonstances, il ne doit pas, compte tenu de son rôle et de ses obligations générales, « hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée » (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 4).

[104] Comme la LSDA est le régime législatif qui s'applique en l'espèce, il est essentiel de comprendre en détail le rôle que joue le juge désigné lorsqu'il préside un appel interjeté sous le régime de cette loi. À cette fin, j'analyserai de quelle façon ces principes généraux concernant

regarding the role of the designated judge apply to designated judges in appeals under the SATA. In doing so, I will also canvass the appeal procedures under the SATA and directly address the respondent's argument regarding the division of appeals under the SATA into two distinct phases and how this affects the role of the designated judge.

(2) Role in Appeal under the SATA

[105] Similar to the IRPA, as we will see below, the designated judge in appeals under the SATA can be described as the “cornerstone of the procedure established by Parliament” (*Charkaoui I*, at paragraph 34). It is an appeal procedure that calls for balancing national security with individual rights and freedoms. Consistent with the Supreme Court of Canada jurisprudence canvassed above, the appeal provisions at section 16 of the SATA can be understood as assigning significant discretion to the designated judge in order to fulfill their role of (i) ensuring a fair judicial process that does not undermine the national security objectives of the SATA as well as their role of (ii) deciding the reasonableness of the Minister's decision on appeal. It is the role of a “gatekeeper”, similar to that expressed in *Harkat (2014)*, at paragraph 46, as it is clear that keeping an individual on the SATA list seriously engages several Charter rights, as raised by the appellants in their respective notices of appeal.

(i) Ensuring a Fair Judicial Process that Protects National Security Interests

[106] The first part of the role assigned to the designated judge is ensuring a fair judicial process in light of the limits imposed by the SATA on the open court principle and on the conventional pillars of procedural fairness, in the interest of national security. This role

le rôle du juge désigné s'appliquent aux personnes qui exercent ces fonctions dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA. Ce faisant, je passerai également en revue les procédures d'appel que prévoit la LSDA et je traiterai directement de l'argument qu'invoque l'intimé au sujet de la scission en deux étapes distinctes des appels interjetés sous le régime de la LSDA ainsi que de la manière dont cela influence le rôle du juge désigné.

2) Le rôle joué dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA

[105] De la même façon que dans le cas de la LIPR, ainsi que nous le verrons plus loin, le rôle du juge désigné dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA peut être qualifié de « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 34). La procédure d'appel de la LSDA oblige à mettre en balance la sécurité nationale et les droits et libertés individuels. Conformément à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dont il a été question plus tôt, il est possible de considérer que les dispositions en matière d'appel que comporte l'article 16 de la LSDA confèrent un pouvoir discrétionnaire important au juge désigné afin qu'il puisse s'acquitter de son rôle consistant, d'une part, à (i) garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable qui ne mine pas les objectifs en matière de sécurité nationale de la LSDA et, d'autre part, à (ii) se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel. Il s'agit du rôle de « gardien », semblable à celui qui a été décrit dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46, car il est évident que le fait de maintenir l'inscription d'une personne sur la liste de la LSDA fait réellement entrer en jeu plusieurs droits garantis par la Charte, comme le font valoir les appelants dans leurs avis d'appel respectifs.

(i) Garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable qui protège les intérêts en matière de sécurité nationale

[106] La première partie du rôle confié au juge désigné est de garantir la tenue d'un processus judiciaire équitable, eu égard aux limites qu'impose la LSDA au principe de la transparence des procédures judiciaires et aux piliers classiques de l'équité procédurale, et ce, dans

assigned to the designated judge under the SATA mirrors its overarching balancing object, as described earlier.

[107] First, the SATA appeal provisions put in place several limits on the appeal procedures in order to protect Canada's national security interests. For instance, as seen earlier, paragraph 16(6)(a) requires that a judge hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, "its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person." Moreover, paragraph 16(6)(b) assigns the judge the duty of ensuring the confidentiality of information or other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, "its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person."

[108] These limits on the disclosure of information or other evidence are not unique to the SATA. It is now well recognized that certain information or other evidence must be protected by our judicial system in the interest of national security, even when rights of individuals are at play. Parliament has enacted other laws to this effect: see the IRPA or the *Canada Evidence Act*, R.C.S., 1985, c. C-5. However, the SATA does not assign the Minister a unilateral privilege of asserting confidentiality. Rather, it provides the designated judge with the power to decide whether information or other evidence meets the criterion to be kept confidential for national security reasons and provides the discretion to fashion a fair judicial process in response to the necessity of confidentiality in the circumstances.

[109] In fact, the SATA assigns the designated judge the sole responsibility of deciding whether information or evidence meets the criterion to be kept confidential and must be heard *ex parte* and *in camera*. This is a duty that requires a designated judge to assume a robust and interventionist role given the government's tendency to overclaim confidentiality, the important effect this has

l'intérêt de la sécurité nationale. Ce rôle que la LSDA confie au juge désigné reflète, comme il a été décrit plus tôt, son objet général de mise en balance.

[107] Premièrement, les dispositions en matière d'appel de la LSDA imposent plusieurs limites aux procédures d'appel de manière à protéger les intérêts du Canada sur le plan de la sécurité nationale. Par exemple, comme nous l'avons vu, l'alinéa 16(6)a exige que le juge entende des renseignements ou d'autres éléments de preuve en l'absence du public ainsi que de l'appellant et de son conseil si, à son avis, « la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ». Par ailleurs, l'alinéa 16(6)b confie au juge l'obligation d'assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve que fournit le ministre si, à son avis, leur « divulgation porterait atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ».

[108] Ces limites imposées à la divulgation de renseignements ou d'autres éléments de preuve ne sont pas propres à la LSDA. Il est aujourd'hui bien reconnu que certains renseignements ou autres éléments de preuve doivent être protégés par notre système judiciaire dans l'intérêt de la sécurité nationale, même quand des droits de particuliers sont en jeu. Le législateur a adopté d'autres lois à cet effet : voir la LIPR ou la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Cependant, la LSDA ne confère pas au ministre le privilège unilatéral de revendiquer la confidentialité. Elle confère plutôt au juge désigné le pouvoir de décider si des renseignements ou d'autres éléments de preuve répondent au critère du respect de la confidentialité pour des raisons de sécurité nationale ainsi que le pouvoir discrétionnaire de concevoir un processus judiciaire équitable qui, dans les circonstances, répond à la nécessité d'assurer la confidentialité.

[109] En fait, la LSDA attribue au juge désigné l'entière responsabilité de décider si des renseignements ou des éléments de preuve répondent au critère relatif à l'impératif de confidentialité et s'ils doivent être entendus *ex parte* et à huis clos. Il s'agit d'une obligation qui exige que le juge désigné joue un rôle vigoureux et interventionniste, compte tenu de la tendance qu'a le

on an appellant's right to procedural fairness, and the lack of redress available to the appellant to counter these claims of confidentiality. This point is well canvassed in *Harkat (2014)*, at paragraphs 61–64:

Only information and evidence that raises a *serious* risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The judge must ensure throughout the proceedings that the Minister does not cast too wide a net with his claims of confidentiality.

While the *IRPA* scheme provides that closed hearings must be held when the disclosure of information *could* be injurious (s. 83(1)(c), *IRPA*), it mandates the withholding of information from public summaries only if its disclosure *would, in the judge's opinion*, be injurious (s. 83(1)(e), *IRPA*). The judge must err on the side of caution in ordering closed hearings during which he can ascertain the validity of the Minister's position with respect to the sensitivity of given information or evidence. However, once the judge has heard the parties, he must ensure that only information or evidence which *would* injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. "It is the Ministers who bear the burden of establishing that disclosure not only could but would be injurious to national security, or endanger the safety of any person": *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43, at para. 9, *per* Dawson J. [Emphasis added by McLachlin C.J.].

The judge must be vigilant and skeptical with respect to the Minister's claims of confidentiality. Courts have commented on the government's tendency to exaggerate claims of national security confidentiality: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at para. 108; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80, at paras. 73–77 and 98; see generally C. Forcese, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. As Justice O'Connor commented in his report on the Arar inquiry,

gouvernement à revendiquer de manière excessive la confidentialité, de l'effet important qu'a la confidentialité d'éléments sur le droit des appelants à l'équité procédurale ainsi que de l'absence de recours dont les appelants disposent pour contrer ces revendications de confidentialité. Ce point est bien analysé dans l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 61 à 64 :

Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque *sérieux* d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Tout au long de l'instance, il incombe au juge de garantir que le ministre ne vise pas trop large lorsqu'il invoque la confidentialité.

Le régime établi par la *LIPR* prévoit certes la tenue d'audiences à huis clos si la communication de renseignements *pouvait* porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)c) *LIPR*); il intime toutefois de taire dans les résumés de la preuve seulement les renseignements dont la communication *porterait* atteinte, *selon le juge*, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)e) *LIPR*). Le juge doit privilégier la prudence lorsqu'il s'agit d'ordonner la tenue d'audiences à huis clos durant lesquelles il peut examiner la validité de la position du ministre quant au degré de sensibilité de certains renseignements ou éléments de preuve. Cela dit, après avoir entendu les parties, le juge doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui *porteraient* atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. « Il incombe aux ministres d'établir que la communication non seulement pourrait porter atteinte mais qu'elle porterait effectivement atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » : *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII), par. 9, la juge Dawson [Souligné par la juge en chef McLachlin].

Le juge doit être vigilant et sceptique quant aux allégations du ministre relatives à la confidentialité. Les tribunaux ont formulé des commentaires quant à la propension du gouvernement à exagérer les réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, par.108; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII), par.73-77 et 98; voir plus généralement C. Forcese, « Canada's National Security "Complex" : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 :5 *IRPP Choices* 3. Comme l'a affirmé le juge O'Connor dans son rapport sur la Commission Arar,

overclaiming exacerbates the transparency and procedural fairness problems that inevitably accompany any proceeding that can not be fully open because of [national security confidentiality] concerns. It also promotes public suspicion and cynicism about legitimate claims by the Government of national security confidentiality.

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006), at p. 302)

The judge is the gatekeeper against this type of overclaiming, which undermines the *IRPA* scheme's fragile equilibrium. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. [Emphasis in original.]

[110] Nonetheless, following this “vigilant and skeptical” review of the Minister’s confidentiality claims by the designated judge, there is likely to remain some information or evidence which, pursuant to paragraph 16(6)(b), the designated judge must ensure its confidentiality because its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person. Yet, despite this need to keep certain information confidential from the public and the appellant, and the need to hear this information *ex parte* and *in camera*, the designated judge still has the duty to “provide the appellant and the Minister with [a reasonable] opportunity to be heard” pursuant to paragraph 16(6)(d). As suggested by the *amici curiae*, the opportunity to be heard is a fundamental safeguard and is an integral part to the *audi alteram partem* rule (see L’Heureux-Dubé J.’s observations in *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471 (*Telecommunications Workers Union*), at paragraph 29).

[111] A coherent reading of these two seemingly contradictory statutory duties, which require the designated judge to ensure that the parties have an opportunity to be heard despite the appellant not having access to all

la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations [de confidentialité liées à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale.

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006), p. 326-327)

Le juge est le gardien qui doit nous prémunir contre la multiplication des réclamations qui menace le fragile équilibre qu'atteint le régime établi par la *LIPR*. La multiplication systématique des réclamations porterait atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou minerait l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du paragraphe 24(1) de la *Charte*. [Italique dans l'original.]

[110] Néanmoins, à la suite de cet examen « vigilant et sceptique » par le juge désigné des revendications de confidentialité du ministre, il restera vraisemblablement quelques renseignements ou éléments de preuve dont, selon l'alinéa 16(6)b), le juge désigné devra assurer la confidentialité, car leur communication porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Toutefois, malgré ce besoin de veiller à ce que certains renseignements ne soient pas communiqués au public et à l'appelant, ainsi que le besoin d'entendre ces renseignements *ex parte* et à huis clos, le juge désigné a tout de même l'obligation de « donne[r] à l'appelant et au ministre la possibilité d'être entendus » conformément à l'alinéa 16(6)d). Comme l'ont soutenu les *amici curiae*, la possibilité d'être entendu est une mesure de protection fondamentale et fait partie intégrante de la règle *audi alteram partem* (voir les observations de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781 (arrêt *Telecommunications Workers Union*), au paragraphe 29).

[111] Une interprétation cohérente de ces deux obligations légales en apparence contradictoires, qui exigent que le juge désigné s'assure que les parties aient la possibilité d'être entendues même si l'appelant n'a pas accès à



the relevant information or evidence, along with a reading that is in line with the balancing object of the SATA and the jurisprudence canvassed above, implies that the designated judge has a duty to exercise their powers in a manner that ensures a fair judicial process in the given circumstances. Notably, this can only be accomplished where a judicial process provides a substantial substitute to the appellant for full disclosure and full participation in order to permit them to know and meet the case against them as well as permit the designated judge to make a decision based on the facts and the law. This is a key component of the “gatekeeper” role as it is described in *Harkat (2014)*, at paragraph 46. More will be said later on how to ensure fairness when the SATA forbids the appellants from directly being heard in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

[112] This tension between these seemingly contradictory duties is somewhat alleviated by the designated judge’s duty to provide the appellant with a “summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the Minister’s case” but that does not include anything the judge has deemed confidential (paragraph 16(6)(c)). Having experienced issuing summaries in lieu of direct, straightforward, evidence, designated judges will do their utmost to issue substantial informative summaries without disclosing injurious national security information. Having said that, paragraph 16(6)(f) permits the designated judge to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant.” In these cases, the “gatekeeper” role assigned to the designated judge by the procedure set out in section 16 as a whole requires the designated judge to actively assume their powers to fashion a fair judicial process that gives meaning to the appellant’s right to be heard at paragraph 16(6)(d), without overstepping their jurisdiction. The designated judge must actively search for ways to provide as much information as possible to the appellant while still protecting the confidentiality of certain information for national security reasons. Like an elastic, designated judges must stretch their statutory and inherent powers to ensure that

la totalité des renseignements ou des éléments de preuve pertinents, ainsi qu’une interprétation qui concorde avec l’objet de mise en balance de la LSDA et la jurisprudence dont il a été question plus tôt, implique que le juge désigné est tenu d’exercer ses pouvoirs d’une manière qui, eu égard aux circonstances, garantit un processus judiciaire équitable. Il convient de noter qu’il n’est possible d’atteindre ce résultat que si le processus judiciaire offre à l’appellant une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l’essentiel » une divulgation complète et une participation entière afin de lui permettre de connaître la preuve qui pèse contre lui et d’y répondre et de permettre au juge désigné de rendre une décision qui est fondée sur les faits et sur le droit. Il s’agit d’un élément clé du rôle de « gardien » décrit dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 46. Il sera question plus tard, de manière plus détaillée, de la manière d’assurer l’équité dans les cas où la LSDA interdit aux appelants d’être directement entendus dans les parties *ex parte* et à huis clos des appels.

[112] Cette tension entre ces obligations en apparence contradictoires est quelque peu atténuée par l’obligation qu’a le juge désigné de fournir à l’appellant un « résumé de la preuve [...] qui permet à l’appellant d’être suffisamment informé de la thèse du ministre à l’égard de l’instance en cause », mais qui ne comporte aucun élément qui, d’après le juge, est confidentiel (alinéa 16(6)c)). Ayant eu l’expérience de produire des résumés à la place d’une preuve simple et directe, je suis d’avis que les juges désignés feront tout leur possible pour produire des résumés informatifs sérieux sans divulguer de renseignements qui portent atteinte à la sécurité nationale. Cela dit, l’alinéa 16(6)f) permet au juge désigné de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’appellant ». Dans ces cas, le rôle de « gardien » qu’assigne au juge désigné la procédure décrite à l’article 16 dans son ensemble oblige ce dernier à exercer activement ses pouvoirs pour concevoir un processus judiciaire équitable qui donne un sens au droit de l’appellant d’être entendu, conformément à l’alinéa 16(6)d), et ce, sans outrepasser sa compétence. Le juge désigné doit chercher activement des moyens de fournir le plus de renseignements possible à l’appellant tout en protégeant la confidentialité de certains d’entre eux pour des raisons de sécurité nationale. Le juge désigné doit étirer comme un élastique ses pouvoirs inhérents

as much disclosure is provided to the appellant while stopping short of the breaking point. A designated judge must feel satisfied that the disclosure (through summaries or by other means) is, in substance, sufficient to allow an appellant to be “reasonably informed” (paragraph 16(6)(e)) of the case made against them and be able to present their side of the story, at the very least via the assistance of a substantial substitute (*Harkat (2014)*, at paragraphs 51–63 and 110). Only then will the designated judge have the necessary facts and law to render a fair decision.

(ii) Ensuring the Reasonableness of the Minister’s Decision

[113] The second part of the role assigned to the designated judge in the SATA is clearly stated at subsection 16(4): “the judge must, without delay, determine whether the decision is reasonable on the basis of the information available to the judge.”

[114] Although the respondent agrees that the designated judge must assume a robust and interventionist role when assessing the confidentially claims of the Minister pursuant to paragraph 16(6)(b), it is the respondent’s position that this role does not apply when the designated judge assesses the reasonableness of a decision. Instead, the respondent argues that there is clear division between the role the designated judge must assume in the disclosure phase of an appeal under the SATA and the role the designated judge must assume in the merits phase. During the latter phase, it is submitted that the designated judge must assume a deferential role when assessing the merits of a decision under appeal as their role is akin to the role of a judge in a conventional judicial review.

[115] In light of the SATA’s object, the jurisprudence canvassed above, as well as the wording of the provisions at section 16 of the SATA, I cannot agree with this position. The designated judge must assume their “gatekeeper” role at all times during the SATA appeal, including when assessing the reasonableness of the Minister’s decision. To support this finding, I will analyze the provisions of the SATA to extract the role intended for the

et législatifs afin de faire en sorte que l’on communique le maximum de renseignements à l’appellant tout en s’arrêtant avant le point de rupture. Il doit être convaincu que la communication (par voie de résumés ou d’autres façons) est en substance suffisante pour que l’appellant soit « suffisamment informé » (alinéa 16(6)c)) de la preuve qui pèse contre lui et puisse présenter sa version des faits, et ce, à tout le moins, grâce à une solution de rechange qui vise à « remplacer pour l’essentiel » les droits niés (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 51 à 63 et 110). Ce n’est qu’après cela que le juge désigné aura en main les faits et les éléments de droit dont il aura besoin pour rendre une décision équitable.

(ii) Assurer le caractère raisonnable de la décision du ministre

[113] La seconde partie du rôle que l’on attribue au juge désigné dans la LSDA est clairement indiquée au paragraphe 16(4) : « [d]ès qu’il est saisi de la demande, le juge décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose ».

[114] L’intimé convient que le juge désigné doit jouer un rôle vigoureux et interventionniste lorsqu’il évalue les revendications de confidentialité du ministre, conformément à l’alinéa 16(6)b), mais il est d’avis que le juge désigné n’a pas ce rôle lorsqu’il évalue le caractère raisonnable d’une décision. Il soutient plutôt qu’il existe une distinction claire entre le rôle que le juge désigné doit jouer à l’« étape de la divulgation » d’un appel interjeté sous le régime de la LSDA et le rôle qu’il est tenu de jouer à l’« étape du fond ». Selon lui, au cours de cette dernière étape, le juge désigné doit jouer un rôle empreint de retenue quand il évalue le fond d’une décision portée en appel, car ce rôle est semblable à celui que joue un juge dans un contrôle judiciaire classique.

[115] Compte tenu de l’objet de la LSDA, de la jurisprudence analysée plus tôt ainsi que du libellé des dispositions de l’article 16 de la LSDA, je ne puis souscrire à cette position. Le juge désigné se doit de jouer en tout temps son rôle de « gardien » pendant l’appel interjeté sous le régime de la LSDA, et cela inclut le moment où il évalue le caractère raisonnable de la décision du ministre. Pour étayer cette conclusion, j’analyserai les

designated judge when assessing the reasonableness of the Minister's decision. I will then directly address the respondent's argument that the judge's role changes from the disclosure phase to the merits phase of the appeal as well as the argument that, barring new evidence, the judge's review of the decision under appeal is akin to a conventional judicial review.

[116] It is quickly understood that the role assigned to the designated judge in the appeal provisions of the SATA goes beyond the deferential role of a judge in a traditional judicial review. The SATA equally assigns the designated judge a robust role that requires them to take an "active" and "interventionist" approach when assessing the merits of a decision. The first indication of this is that the designated judge is given the power at subsection 16(5) to order that an appellant's name be removed from the list, in contrast with traditional appeals or judicial reviews to the Federal Court, which are usually referred back to the decision maker should the decision be found unreasonable. This in itself is indicative of Parliament's intent of assigning designated judges a hands-on role. It is a clear invitation for the designated judge to vigorously immerse themselves in the appeal when determining the decision's reasonableness. This jurisdiction to conclude differently from the Minister and "order the Minister" to remove the name of the appellant from the SATA list is not an attribute of a conventional judicial review.

[117] Moreover, the appeal before the designated judge is not necessarily based solely on the same record that was before the decision maker. This is an important difference between an appeal under the SATA and a conventional appeal or judicial review to the Federal Court. As stated at subsection 16(4) of the SATA, the appeal must be determined on the "information available to the judge." In practice, although the parties must, by default, follow the provisions at rule 343 of the *Federal Courts Rules* when determining the evidence and information to be included in the appeal book, the SATA provides that information or evidence before the decision maker can be withdrawn by the Minister pursuant

dispositions de la LSDA en vue d'en extraire le rôle qui incombe au juge désigné lors de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision du ministre. Ensuite, je traiterai directement de l'argument de l'intimé selon lequel le rôle du juge change entre l'« étape de la divulgation » et l'« étape du fond » de l'appel, de même que l'argument selon lequel, à défaut de nouveaux éléments de preuve, l'examen que fait le juge de la décision portée en appel s'apparente à un contrôle judiciaire classique.

[116] On comprend vite que le rôle qu'attribuent au juge désigné les dispositions en matière d'appel de la LSDA déborde le cadre du rôle empreint de retenue que joue un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique. La LSDA attribue également au juge désigné un rôle vigoureux qui l'oblige à recourir à une démarche « active » et « interventionniste » lorsqu'il évalue le bien-fondé d'une décision. Le premier indice est que le juge désigné se voit attribuer, au paragraphe 16(5), le pouvoir d'ordonner que le nom d'un appellant soit radié de la liste, contrairement aux appels ou aux contrôles judiciaires classiques dont la Cour fédérale est saisie, où les affaires sont habituellement renvoyées au décideur s'il est conclu que la décision était déraisonnable. Ce fait, en soi, dénote l'intention du législateur d'attribuer aux juges désignés un rôle pratique. Il s'agit d'une invitation non équivoque à ce que le juge désigné s'immerge avec vigueur dans l'appel pour se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision. Ce pouvoir d'arriver à une conclusion différente de celle du ministre et d'« ordonner au ministre » de radier le nom de l'appellant de la liste de la LSDA n'est pas un attribut d'un contrôle judiciaire classique.

[117] Par ailleurs, l'appel interjeté devant le juge désigné n'est pas nécessairement fondé uniquement sur le même dossier que celui dont disposait le décideur. C'est là une différence marquante entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un appel ou une demande de contrôle judiciaire classique que l'on dépose devant la Cour fédérale. Comme il est indiqué au paragraphe 16(4) de la LSDA, l'appel doit être tranché en fonction de « l'information dont [le juge] dispose ». En pratique, même si les parties doivent, par défaut, suivre les dispositions de la règle 343 des *Règles des Cours fédérales* pour la détermination des éléments de preuve et des renseignements qui doivent figurer dans le dossier d'appel, la LSDA prévoit

to paragraph 16(6)(g) and that additional information or evidence that was not before the decision-maker can be adduced pursuant to paragraph 16(6)(e). This potential for a change in the record is again indicative of an intent for the designated judge to undertake a non-deferential role, as a different record requires a designated judge to reassess afresh the evidence grounding a decision according to this change.

[118] For instance, if the Minister withdraws information or other evidence pursuant to paragraph 16(6)(g), this same paragraph of the SATA states that the designated judge “must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister.” To fulfill their role of deciding the reasonableness of the Minister’s decision, the designated judge must therefore play a non-deferential role and assess the remaining information and evidence afresh as a potential key factual element underpinning the Minister’s decision is no longer part of the record available to the judge. Moreover, the reasons for its withdrawal could affect the remaining information or evidence. Similarly, a key piece of new information or evidence may require a designated judge to reassess the information or evidence that was before the decision maker in a new light, notably if it contextualizes or contradicts certain information.

[119] Compounding the non-deferential nature of the role of the designated judge in deciding the reasonableness of the decision on appeal in light of a potentially different record is the fact that the judge is given immense discretion pursuant to paragraph 16(6)(e) in deciding whether to receive additional information into evidence. Indeed, as stated in paragraph 16(6)(e), the designated judge “may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence.” This role requires the designated judge to assume a delicate approach, considering the type of

que les renseignements ou les éléments de preuve présentés au décideur peuvent être retirés par le ministre en vertu de l’alinéa 16(6)(g) et que, selon l’alinéa 16(6)(e), il est possible de produire des renseignements ou des éléments de preuve supplémentaires qui n’ont pas été présentés au décideur. Cette possibilité de faire un changement dans le dossier dénote là encore l’intention du législateur que le juge désigné puisse jouer un rôle non empreint de retenue, car un dossier différent exige que le juge désigné réexamine les éléments de preuve sur lesquels repose une décision en fonction de ce changement.

[118] Par exemple, si le ministre retire des renseignements ou d’autres éléments de preuve en vertu de l’alinéa 16(6)(g), cette même disposition de la LSDA indique que le juge désigné « ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu de les remettre au ministre ». Pour s’acquitter du rôle de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, le juge désigné doit donc jouer un rôle non empreint de retenue et évaluer à nouveau les renseignements et les éléments de preuve qui restent, car un important élément factuel qui sous-tendait la décision du ministre ne fait plus partie du dossier que le juge a en main. Par ailleurs, les raisons du retrait pourraient avoir une incidence sur les renseignements ou les éléments de preuve qui restent. Dans le même ordre d’idées, un élément important des nouveaux renseignements ou éléments de preuve peut obliger le juge désigné à réévaluer les renseignements ou les éléments de preuve dont disposait le décideur, et ce, sous un jour nouveau, surtout si cet élément contextualise ou contredit certains renseignements.

[119] S’ajoute à la nature non empreinte de retenue du rôle que joue le juge désigné lorsqu’il se prononce sur le caractère raisonnable de la décision portée en appel à la lumière d’un dossier potentiellement différent, le fait que l’alinéa 16(6)(e) confère au juge l’immense pouvoir discrétionnaire de décider de recevoir et d’admettre en preuve des renseignements supplémentaires. En fait, comme il est dit à l’alinéa 16(6)(e), le juge désigné « peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci ». Ce rôle exige du juge désigné qu’il recoure à une approche délicate, en examinant

evidence at play and considering the range of individual rights and freedoms potentially involved. It is indicative that a designated judge must be an active participant in an appeal under the SATA, notably given the fact that, in ensuring that this evidence is “reliable and appropriate”, the designated judge is additionally responsible for considering evidence that may not be admissible in a court of law and may not be disclosed to the appellant due to national security reasons. The difficult nature of the task is aptly described by my colleague Justice Mosley in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163 (*Almrei (Re)*), at paragraph 84:

... Evidence may be relevant but not useful or fitting for a variety of reasons including the manner in which it was obtained. This is reinforced where the term is coupled with “reliable” (“digne de foi”) which imports a notion of “trustworthy”, “safe”, “sure”, “worthy of belief.

[120] In *Almrei (Re)*, Justice Mosley was commenting on paragraph 83(1)(h) of the IRPA, which paragraph 16(6)(e) of SATA replicates by using the exact same language. Contrary to what the respondent argues, this assessment is one that extends beyond any disclosure phase. To assess “reliability” (“*digne de foi*”), a designated judge’s “gatekeeper” role cannot be limited only to disclosure issues but must also extend to the merits of the case against an appellant.

[121] Nevertheless, another indicator in the SATA provisions supporting the interpretation that a designated judge must assume an active role when assessing the reasonableness of a decision is the discretion afforded to the designated judge at paragraph 16(6)(f) to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence has not been provided to the appellant.” The allocation of this discretionary power to the designated judge makes it clear that the designated judge cannot assume a deferential role, as that concept is traditionally understood, when assessing the reasonableness of a decision. If such a situation occurs, the designated judge is given the task of making a decision grounded on the facts and the law as an

le genre d’éléments de preuve qui est en jeu et en tenant compte de l’éventail des droits et libertés individuels qui sont potentiellement en cause. Cela indique qu’il doit participer de manière active aux appels interjetés sous le régime de la LSDA, compte tenu notamment du fait que, pour s’assurer que ces éléments de preuve sont « digne[s] de foi et utile[s] », le juge désigné est en outre chargé de prendre en considération des éléments de preuve qui ne sont peut-être pas admissibles devant une cour de justice et peuvent ne pas être communiqués à l’appelant pour des raisons de sécurité nationale. Mon collègue le juge Mosley décrit avec justesse la nature difficile de cette tâche dans la décision *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163 (décision *Almrei (Re)*), au paragraphe 84 :

[...] Un élément de preuve peut être pertinent, mais ne pas être utile ou judicieux pour un certain nombre de raisons, notamment les circonstances dans lesquelles il a été obtenu. Cela est d’autant plus vrai lorsque le terme est jumelé avec « digne de foi » (reliable) qui comporte les notions de fiabilité, de confiance, de sécurité, de crédibilité.

[120] Dans la décision *Almrei (Re)*, le juge Mosley parlait de l’alinéa 83(1)(h) de la LIPR, que reproduit l’alinéa 16(6)(e) de la LSDA en utilisant exactement la même formulation. Contrairement à ce que l’intimé allègue, cette évaluation déborde le cadre de n’importe quelle étape de divulgation. Pour pouvoir évaluer si un élément est « digne de foi », le rôle de « gardien » que joue le juge désigné ne peut pas se limiter qu’à des questions de divulgation; il doit également s’étendre au fond de la preuve qui pèse contre l’appelant.

[121] Il y a néanmoins dans les dispositions de la LSDA un autre indice qui confirme l’interprétation selon laquelle le juge désigné doit jouer un rôle actif au moment d’évaluer le caractère raisonnable d’une décision, et il s’agit du pouvoir discrétionnaire que lui accorde l’alinéa 16(6)(f) de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’appelant ». L’attribution de ce pouvoir discrétionnaire au juge désigné indique clairement que ce dernier ne peut jouer un rôle empreint de retenue, au sens où on l’entend habituellement, quand il évalue le caractère raisonnable d’une décision. Dans une telle situation, le juge désigné a pour tâche de fonder la décision sur les faits et le droit, comme le ferait un arbitre impartial



impartial and independent adjudicator without the benefit of having the appellant being able to directly test the reliability and sufficiency of the evidence or information in question. This duty to assess the reasonableness of a decision must see the designated judge assuming a robust active role that is interventionist but short of inquisitorial; to hold otherwise would be an open invitation for miscarriages of justice. In my view, it is inconceivable that this is what Parliament intended.

[122] It is with regard to the provisions canvassed above, notably when read in light of the object of the SATA and the pertinent jurisprudence, that I must disagree with the respondent's argument that the role of the judge differs according to the "phase" of the appeal and that the word "reasonableness" at subsection 16(4) signals that the designated judge should assume a deferential role when assessing the merits of the appeal, similar to the role assumed by a judge in a conventional judicial review.

[123] First, regardless of the clear intent in the statutory provisions of the SATA for the designated judge to assume a "gatekeeper" role when assessing the reasonableness of the decision under appeal, there is no indication in the SATA of an intent to divide the proceedings or the role of the judge into two separate phases. Had Parliament wished to opt for a two-phase approach to appeals under the SATA, it could have included a process similar to the one outlined in section 87 of the IRPA or could have opted to integrate section 38 of the *Canada Evidence Act* into the judicial process for appeals under the SATA. In fact, the creation of the SATA did the exact opposite of this as it replaced the former procedure under the *Aeronautics Act*, which was subject to section 38 of the *Canada Evidence Act*, as was the case in *Telbani*. This is not to say that a designated judge cannot organize appeal proceedings under the SATA in a manner that creates separate disclosure and merits phases if it is appropriate in the circumstances. Rather, it is a finding that there is no indication that Parliament intended to erode the designated judge's discretion to fashion a fair judicial process according to the circumstances of the case and notably the type of confidential information being submitted.

et indépendant, sans l'avantage que l'appellant puisse vérifier la fiabilité et le caractère suffisant des éléments de preuve ou des renseignements en question. Cette obligation d'évaluer le caractère raisonnable d'une décision doit amener le juge désigné à jouer un rôle actif et vigoureux, qui est interventionniste, mais sans atteindre un stade inquisitoire; une conclusion contraire ouvrirait grand la porte aux erreurs judiciaires. À mon avis, il est inconcevable que ce soit ce que le législateur envisageait.

[122] C'est au regard des dispositions analysées plus tôt, notamment lorsqu'on les lit à la lumière de l'objet de la LSDA et de la jurisprudence pertinente, que je me dois d'exprimer mon désaccord avec l'argument de l'intimé selon lequel le rôle du juge diffère en fonction de l'« étape » de l'appel et que le mot « raisonnable », au paragraphe 16(4), indique que le juge désigné doit faire preuve de retenue quand il évalue le fond de l'appel, comme le ferait un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique.

[123] Premièrement, indépendamment du fait que les dispositions législatives de la LSDA envisagent manifestement que le juge désigné joue un rôle de « gardien » lorsqu'il évalue le caractère raisonnable de la décision portée en appel, rien dans la LSDA n'indique une intention de scinder en deux étapes distinctes l'instance ou le rôle du juge. Si le législateur avait voulu opter pour une approche en deux étapes à l'égard des appels interjetés sous le régime de la LSDA, il aurait pu inclure un processus semblable à celui qui est décrit à l'article 87 de la LIPR, ou il aurait pu décider d'intégrer l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le processus judiciaire des appels interjetés sous le régime de la LSDA. En fait, la création de la LSDA a fait exactement le contraire, car cette loi a remplacé l'ancienne procédure que prévoyait la *Loi sur l'aéronautique*, qui était assujettie à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, comme c'était le cas dans l'affaire *Telbani*. Cela ne veut pas dire que le juge désigné ne peut pas structurer un appel interjeté sous le régime de la LSDA d'une manière qui crée des étapes distinctes pour la divulgation et le fond, s'il convient de le faire dans les circonstances. C'est plutôt que rien n'indique que le législateur entendait miner le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge désigné de concevoir un processus judiciaire équitable en fonction des

[124] Second, it cannot be said that, barring new evidence, the designated judge must assess the merits of the decision on appeal in a deferential manner similar to the role of a judge in a conventional judicial review because subsection 16(4) of the SATA provides for a review of the reasonableness of the Minister's decision. Beyond the analysis of the appeal provisions above, and the distinct powers and duties they assign to the designated judge that go beyond the scope of a conventional judicial review, the Supreme Court of Canada found the following in *Charkaoui I*, at paragraphs 38 and 41–42 concerning the deference owed by the designated judge in deciding whether a certificate is “reasonable”:

The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

...

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

[125] Although some may argue that this is only applicable to certificate proceedings under the IRPA, and not

circonstances de l'affaire et, notamment, le genre de renseignements confidentiels produits.

[124] Deuxièmement, on ne peut pas dire que, à défaut de nouveaux éléments de preuve, le juge désigné se doit d'évaluer le fond de la décision portée en appel en faisant preuve de retenue, comme le ferait un juge dans le cadre d'un contrôle judiciaire classique parce que le paragraphe 16(4) de la LSDA prévoit un examen du caractère raisonnable de la décision du ministre. Outre l'analyse des dispositions en matière d'appel qui précèdent, ainsi que des obligations et des pouvoirs distincts qu'elles confient au juge désigné et qui vont au-delà de la portée d'un contrôle judiciaire classique, il convient de noter que la Cour suprême du Canada a conclu ce qui suit dans l'arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 38, 41 et 42, à propos de la retenue dont le juge désigné doit faire preuve pour décider si un certificat est « raisonnable » :

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

[...]

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125.

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

[125] Bien que d'aucuns puissent faire valoir que cela ne s'applique qu'aux instances en matière de certificat

the SATA, I invite the reader to note that both legislative schemes require the judge to assess the “reasonableness” of the decision and that both schemes require this judicial exercise to be done on a record that may or may not be identical to the one before the decision maker.

[126] To summarize, what *Charkaoui I* demonstrates is that the obligation to review a decision in the national security context according to the standard of reasonableness does not mean that the judge must assume a deferential role akin to the role assumed in a conventional judicial review. Rather, *Charkaoui I* states that the deference owed by the designated judge is based on the circumstances and that, in the context of national security where one party is denied full disclosure and full participation, this requires the judge to assume an “active” and “non-deferential role” at all stages of the proceedings (at paragraphs 38–42). These findings made in the context of certificate cases under the IRPA are applicable to the SATA appeal scheme as well. At this preliminary stage, I will not say more on this matter as it will be a public issue before this Court later in these proceedings when assessing the proper standard of review to be applied.

[127] In all, a holistic reading of the appeal provisions of the SATA according to their legal context requires that a designated judge assume a “gatekeeper” role when assessing the reasonableness of the appealed decision. A fair judicial process requires that a judge be able to ground their decision on the facts and the law; it entails that the designated judge must be able to sufficiently test the relevancy and the trustworthiness of the evidence. This is particularly so for two reasons. First, the appeal stage of the proceedings under the SATA is effectively the first time the appellant is able to meaningfully question the merits of the evidence grounding the Minister’s decision. Second, given that the judge will likely have to consider evidence or information not directly disclosed to the appellant, the designated judge must assume a role that gives them the ability to sufficiently test the relevancy

qui tombent sous le coup de la LIPR et non de la LSDA, j’invite le lecteur à noter que les deux régimes législatifs requièrent que le juge évalue le « caractère raisonnable » de la décision et qu’ils exigent tous deux que cet exercice judiciaire soit fondé sur un dossier qui peut être, comme ne pas être, identique à celui que le décideur avait en main.

[126] En résumé, ce que montre l’arrêt *Charkaoui I*, c’est que l’obligation de contrôler une décision rendue dans le contexte de la sécurité nationale en fonction de la norme du caractère raisonnable ne veut pas dire que le juge doit jouer un rôle empreint de retenue, semblable à celui que l’on joue dans le cadre d’un contrôle judiciaire classique. L’arrêt *Charkaoui I* indique plutôt que la retenue dont le juge désigné doit faire preuve est fondée sur les circonstances et que, dans le contexte de la sécurité nationale, où une partie se voit privée d’une divulgation et d’une participation pleines et entières, le juge doit jouer un rôle « actif » et « [non empreint] de retenue » à toutes les étapes de l’instance (aux paragraphes 38 à 42). Ces conclusions, tirées dans le contexte d’affaires relatives à un certificat de sécurité sous le régime de la LIPR s’appliquent également au régime d’appel de la LSDA. À ce stade préliminaire, je n’en dirai pas plus sur la question, car il s’agit d’une question publique qui sera soumise à la Cour plus tard au cours de la présente instance, au moment d’évaluer la norme de contrôle qu’il conviendra d’appliquer.

[127] Tout bien considéré, une interprétation holistique des dispositions en matière d’appel de la LSDA, eu égard à leur contexte juridique, exige que le juge désigné joue un rôle de « gardien » lorsqu’il évalue le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Un processus judiciaire équitable exige que le juge puisse fonder sa décision sur les faits et les règles de droit applicables; cela implique qu’il soit en mesure de vérifier de manière suffisante si les éléments de preuve sont pertinents et dignes de foi, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l’étape « appel » de l’instance engagée sous le régime de la LSDA est en fait la première fois que l’appelant est en mesure de mettre sérieusement en doute le fond des éléments de preuve sur lesquels repose la décision du ministre. Deuxièmement, comme il aura vraisemblablement à prendre en considération des éléments de preuve

and trustworthiness of the relied upon evidence in these circumstances. In conferring these powers upon the designated judge, Parliament evidently considered that simply deferring to the Minister's findings of fact in these cases without the designated judge's further involvement would not be in the interest of justice. It follows that designated judges in appeals under the SATA must actively involve themselves in testing the evidence presented by the Minister all throughout the *ex parte* and *in camera* proceedings, including questioning the witnesses before the Court in *ex parte* and *in camera* proceedings.

### (3) Similarities Between the IRPA and the SATA

[128] In the interest of thoroughness in these first appeals under the SATA, and notably given the many arguments in these appeals based on the IRPA, this Court deems it necessary to compare the SATA and the IRPA in order to give the reader a broad understanding of their similarities and differences. At the outset, I agree with the respondent that both legislative schemes should not be viewed as identical as they have different purposes and distinctive traits. However, this does not mean that the IRPA, and the jurisprudence concerning it, cannot be drawn upon to facilitate interpreting the SATA and its appeal provisions.

[129] The SATA and the IRPA have similar objects. In both enactments, Parliament created a scheme to protect Canada's national security interests while also considering the important Charter rights at play. This is to say, both the SATA and the IRPA seek to balance national security interests with individual rights. In this regard, the objectives of the IRPA demonstrate both a concern for national security and a will to protect individual rights and freedoms:

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27

ou des renseignements qui n'ont pas été directement communiqués à l'appelant, le juge doit jouer un rôle qui lui donne la possibilité de vérifier de manière suffisante si, dans ces circonstances, les éléments de preuve qui ont été utilisés sont pertinents et dignes de foi. Pour conférer ces pouvoirs au juge désigné, le législateur a manifestement considéré que le simple fait de faire preuve de retenue envers les conclusions de fait du ministre dans ces affaires, sans intervention supplémentaire du juge désigné, ne serait pas dans l'intérêt de la justice. Il s'ensuit que dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA, les juges désignés doivent s'occuper activement de vérifier les éléments de preuve que présente le ministre tout au long de l'instance *ex parte* et à huis clos, ce qui inclut l'interrogation des témoins devant la Cour.

### 3) Les similitudes entre la LIPR et la LSDA

[128] Par souci d'exhaustivité dans ces premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA, et compte tenu, en particulier, des nombreux arguments invoqués en l'espèce qui sont fondés sur la LIPR, la Cour juge nécessaire de comparer ces deux lois afin que le lecteur puisse bien comprendre leurs similitudes et leurs différences. D'entrée de jeu, je conviens avec l'intimé qu'il ne faudrait pas considérer que les deux régimes législatifs sont identiques, car ils ont des objets différents et des caractéristiques distinctives. Mais cela ne veut pas dire que la LIPR ainsi que la jurisprudence qui s'y rapporte ne peuvent pas servir à faciliter l'interprétation de la LSDA et de ses dispositions en matière d'appel.

[129] La LSDA et la LIPR ont des objets semblables. Dans ces deux lois, le législateur a créé un régime qui vise à protéger les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale tout en prenant en compte les importants droits garantis par la Charte qui sont en jeu. Cela signifie que la LSDA et la LIPR visent toutes deux à mettre en balance les intérêts en matière de sécurité nationale et les droits individuels. À ce sujet, les objets de la LIPR font montre à la fois d'un souci pour la sécurité nationale et d'une volonté de protéger les droits et libertés individuels :

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27

**Objectives — immigration**

**3 (1)** The objectives of this Act with respect to immigration are

...

**(h)** to protect public health and safety and to maintain the security of Canadian society;

**(i)** to promote international justice and security by fostering respect for human rights and by denying access to Canadian territory to persons who are criminals or security risks; and

...

**Objectives — refugees**

**(2)** The objectives of this Act with respect to refugees are

...

**(g)** to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society; and

**(h)** to promote international justice and security by denying access to Canadian territory to persons, including refugee claimants, who are security risks or serious criminals.

**Application**

**(3)** This Act is to be construed and applied in a manner that

...

**(d)** ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

**(f)** complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

**Objet en matière d'immigration**

**3 (1)** En matière d'immigration, la présente loi a pour objet :

[...]

**h)** de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne;

**i)** de promouvoir, à l'échelle internationale, la justice et la sécurité par le respect des droits de la personne et l'interdiction de territoire aux personnes qui sont des criminels ou constituent un danger pour la sécurité;

[...]

**Objet relatif aux réfugiés**

**(2)** S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

[...]

**g)** de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité;

**h)** de promouvoir, à l'échelle internationale, la sécurité et la justice par l'interdiction du territoire aux personnes et demandeurs d'asile qui sont de grands criminels ou constituent un danger pour la sécurité.

**Interprétation et mise en œuvre**

**(3)** L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

[...]

**d)** d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[...]

**f)** de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[130] At first glance in this preliminary stage and without comparing the severity of the alleged Charter violations, the SATA appears to engage similar Charter rights

[130] À première vue à ce stade préliminaire, et sans comparer la gravité des allégations de violation de la Charte, la LSDA semble mettre en cause des droits



as the IRPA, notably rights guaranteed in section 7 of the Charter. In *Charkaoui I*, at paragraphs 12–16 and *Harkat (2014)*, at paragraph 40, former Chief Justice McLachlin found that the IRPA security certificate scheme engaged significant life, liberty, and security of the person interests. The appellants claim the same in their respective notices of appeal. Without saying more than necessary at this stage, it is clear that being placed on the SATA list engages one’s liberty by restricting the ability to use air transportation as well as one’s security of the person given the potential stigma and impact on one’s reputation (*Harkat (Re)*, 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, at paragraph 39). Subsection 6(1) of the Charter also protects the “mobility rights” of Canadian citizens to “enter, remain in and leave Canada”, which the notices of appeal clearly signal will be at issue later in these proceedings. At this stage, nothing further will be said, as this will be a matter for another time.

[131] Moreover, both legislative schemes provide for judicial involvement in order to review the reasonableness of the Minister’s decision. Despite some differences, the role assigned to the judge in both the IRPA and the SATA is overall similar. Under the SATA, the designated judge is tasked with reviewing the Minister’s decision to refuse an appellant’s request for administrative recourse, which has the consequence of stopping an appellant from travelling by airplane inside or outside Canada. Likewise, under the IRPA, the designated judge is tasked with reviewing the joint issuance of a security certificate by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and the Minister of Citizenship and Immigration, which, in some cases, has the consequence of permitting the immediate detention of the individual in question and their eventual deportation if the certificate is deemed valid.

[132] I pause to note that, notwithstanding their similarities, there are some differences between the processes

garantis par la Charte qui sont semblables à ceux que met en cause la LIPR, notamment ceux garantis à l’article 7 de la Charte. Dans l’arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 12 à 16, et dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 40, l’ancienne juge en chef McLachlin a conclu que le régime des certificats de sécurité tombant sous le coup de la LIPR mettait en cause d’importants droits liés à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. En l’espèce, les appelants revendiquent les mêmes droits dans leurs avis d’appel respectifs. Sans en dire plus qu’il ne le faut à ce stade, il est évident que le fait qu’une personne soit inscrite sur la liste de la LSDA met en cause sa liberté personnelle en limitant sa capacité de recourir aux services de transport aérien, de même que la propre sécurité de la personne étant donné le préjudice potentiel et l’effet sur sa réputation (*Harkat (Re)*, 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, au paragraphe 39). Le paragraphe 6(1) de la Charte protège également la « liberté de circulation » des citoyens canadiens, c’est-à-dire « le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir », droit qui, selon ce qui est clairement indiqué dans les avis d’appel, sera en litige plus tard dans la présente instance. À ce stade-ci, rien d’autre ne sera dit, car cette question sera examinée ultérieurement.

[131] Par ailleurs, les deux régimes législatifs prévoient une intervention judiciaire pour le contrôle du caractère raisonnable de la décision du ministre. Malgré quelques différences, le rôle que confie au juge la LIPR et la LSDA est, de façon générale, semblable. Sous le régime de la LSDA, le juge désigné est chargé d’examiner la décision du ministre de rejeter la demande de recours administratif de l’appelant, ce qui a pour conséquence d’empêcher ce dernier de se déplacer en aéronef au Canada ou à l’étranger. De façon similaire, sous le régime de la LIPR, le juge désigné a pour tâche de contrôler la délivrance conjointe d’un certificat de sécurité par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, ce qui, dans certains cas, a pour conséquence d’autoriser la mise en détention immédiate de la personne visée ainsi que son éventuelle expulsion si le certificat est réputé valide.

[132] J’ouvre ici une parenthèse pour signaler que, indépendamment de leurs similitudes, il existe quelques

established under the SATA and the IRPA, respectively. One of the principal differences between these two judicial procedures is that, in the case of the SATA, its initiation is optional and done by the listed person, whereas under the IRPA, the judicial procedure is automatic following the issuance of a certificate. Another difference is that the decision on appeal under the SATA is the Minister's review of the appellant's status as a listed person while the decision reviewed by the designated judge under the IRPA is the issuance of the certificate itself by two ministers. In addition, the judicial procedure under the SATA is an "appeal" while the procedure under the IRPA was described by former Chief Justice McLachlin as a "judicial review" in *Harkat (2014)*, at paragraph 2.

[133] However, despite these differences, the designated judge is put in essentially the same position and assigned a similar role. Indeed, under the IRPA, the designated judge is tasked with expeditiously determining whether the certificate is "reasonable" (section 78 and paragraph 83(1)(a)) based on a body of information or evidence that may not be identical to what was before the ministers (see paragraphs 83(1)(h), 83(1)(j), and 83(1)(k)). In both legislative schemes, the decision being reviewed by the Court will have been made without providing the individual in question with a meaningful opportunity to be heard, and the Court must make this decision without the benefit of the full participation of the individual in question given the limits on full disclosure due to national security interests. Moreover, in both legislative schemes, the designated judge is expressly given the power to order substantive action beyond remitting the matter back to the decision maker should the decision under review be found unreasonable. In this regard, the SATA provides that the designated judge may order the appellant to be removed from the SATA list (subsection 16(5)) while the IRPA provides that the designated judge shall quash the certificate if it is deemed unreasonable (section 78).

[134] The foregoing similarities are key in interpreting the role of the designated judge in appeals under the

différences entre les processus établis sous le régime de la LSDA et de la LIPR, respectivement. L'une des principales différences entre ces deux procédures judiciaires est que, dans le cas de la LSDA, son enclenchement est facultatif et lancé par la personne inscrite, tandis que, sous le régime de la LIPR, la procédure judiciaire entre automatiquement en vigueur après la délivrance d'un certificat. Autre différence, la décision portée en appel sous le régime de la LSDA est l'examen que fait le ministre du statut de personne inscrite de l'appellant, tandis que la décision que contrôle le juge désigné sous le régime de la LIPR est la délivrance, par deux ministres, du certificat lui-même. De plus, la procédure judiciaire que prévoit la LSDA est un « appel », tandis que celle que prévoit la LIPR est décrite par l'ancienne juge en chef McLachlin comme un « contrôle judiciaire » dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 2.

[133] Cependant, malgré ces différences, le juge désigné se trouve essentiellement dans la même situation et se voit attribuer un rôle semblable. En fait, dans le cadre de la LIPR, le juge désigné a pour tâche de déterminer avec célérité si le certificat est « raisonnable » (article 78 et alinéa 83(1)a) en se fondant sur un ensemble de renseignements ou d'éléments de preuve qui ne sont peut-être pas identiques à ceux qui ont été soumis aux ministres (voir les alinéas 83(1)h, j) et k)). Dans les deux régimes législatifs, la décision que contrôle la Cour aura été rendue sans fournir à l'intéressé une possibilité raisonnable d'être entendu, et la Cour doit rendre cette décision sans le bénéfice de la participation pleine et entière de l'intéressé étant donné les limites imposées à la divulgation complète en raison d'intérêts liés à la sécurité nationale. Par ailleurs, les deux régimes législatifs confèrent expressément au juge désigné le pouvoir d'ordonner la prise de mesures importantes, qui dépassent le renvoi de l'affaire au décideur, s'il est conclu que la décision en cause est déraisonnable. À cet égard, la LSDA prévoit que le juge désigné peut ordonner que le nom de l'appellant soit radié de la liste de la LSDA (paragraphe 16(5)), tandis que la LIPR prévoit que le juge désigné doit annuler le certificat si celui-ci est considéré comme déraisonnable (article 78).

[134] Ces similitudes sont importantes pour interpréter le rôle que joue le juge désigné dans un appel interjeté

SATA. Although both legislative schemes may serve different purposes, in each case the designated judge is called upon to adjudicate in an environment where the concerned individual is denied full participation and full disclosure for national security reasons. This in itself is exceptional. Therefore, the role of the designated judge must be adjusted, relative to the conventional role assumed during judicial reviews, so that a fair judicial process may be possible. The differences between these legislative schemes do not diminish in any way the role the designated judge must assume.

[135] The similarities between the appeal under the SATA and the review of the security certificate under the IRPA are most evident when one compares, side by side, the procedure set out at section 16 of the SATA with the procedure in section 83 of the IRPA. To illustrate the many similarities and few differences between these provisions, I have created a chart comparing these provisions.

#### Section 83 of the IRPA

Paragraph 83(1)(a) of the IRPA states that “the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit.” It is also stated at section 78 that the designated judge shall “determine whether the certificate is reasonable.”

Paragraph 83(1)(b) of the IRPA provides that the judge shall appoint a special advocate.

#### Section 16 of the SATA

Subsection 16(4) of the SATA requires that the designated judge “must, without delay, determine whether the decision is reasonable on the basis of the information available to the judge.” (subsection 16(4))

No such provision exists in the SATA.

sous le régime de la LSDA. Bien que les deux régimes législatifs puissent servir à des fins différentes, dans chaque cas le juge désigné est appelé à rendre une décision dans un contexte où la personne visée est privée d’une participation et d’une divulgation pleines et entières pour des raisons de sécurité nationale. Ce fait en soi est exceptionnel. Par conséquent, le rôle du juge désigné doit être rajusté par rapport au rôle classique qui est joué lors d’un contrôle judiciaire de façon à ce que le processus judiciaire puisse être équitable. La différence entre ces régimes législatifs n’amointrit nullement le rôle que doit jouer le juge désigné.

[135] Les similitudes entre un appel interjeté sous le régime de la LSDA et un contrôle du certificat de sécurité sous le régime de la LIPR sont des plus évidentes lorsqu’on compare, côte à côte, la procédure décrite à l’article 16 de la LSDA et celle qui est décrite à l’article 83 de la LIPR. Pour illustrer les nombreuses similitudes et les quelques différences entre ces dispositions, j’ai créé un tableau comparatif :

#### Article 83 de la LIPR

L’alinéa 83(1)a) de la LIPR indique : « le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d’équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive ». Il est également indiqué à l’article 78 que le juge désigné « décide du caractère raisonnable du certificat ».

L’alinéa 83(1)b) de la LIPR dispose que le juge nomme un avocat spécial.

#### Article 16 de la LSDA

Le paragraphe 16(4) de la LSDA prescrit que le juge désigné « [d]ès qu’il est saisi de la demande, [...] décide si la décision est raisonnable compte tenu de l’information dont il dispose » (paragraphe 16(4)).

Aucune disposition de ce genre n’existe dans la LSDA.

Paragraph 83(1)(c) of the IRPA states that, at any time during a proceeding, a judge “may” on their own motion and “shall” on request of the Minister, hear information or other evidence *ex parte* and *in camera* if, in the judge’s opinion, “its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person.”

Paragraph 83(1)(d) requires that the judge “ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge’s opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person”.

Paragraph 83(1)(e) states that “throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed”.

Paragraph 16(6)(a) requires that “the judge must, on the request of the Minister, hear information or other evidence in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge’s opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person”.

Contrary to the IRPA, the judge cannot hold an *ex parte* and *in camera* hearing on their own motion.

Paragraph 16(6)(b) is nearly identical to paragraph 83(1)(d) of the IRPA.

Paragraph 16(6)(c) provides for the same.

L’alinéa 83(1)(c) de la LIPR indique que le juge « peut d’office » et « doit [...] à chaque demande du ministre » entendre des renseignements ou d’autres éléments de preuve *ex parte* et à huis clos si, selon lui, leur « divulgation [...] pourrait porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

L’alinéa 83(1)(d) exige que le juge « [garantisse] la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

L’alinéa 83(1)(e) indique que « [le juge] veille tout au long de l’instance à ce que soit fourni à l’intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui et qui permet à l’intéressé d’être suffisamment informé de la thèse du ministre à l’égard de l’instance en cause ».

L’alinéa 16(6)(a) prévoit qu’« à la demande du ministre, le juge doit tenir une audience à huis clos et en l’absence de l’appellant et de son conseil dans le cas où la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ».

Contrairement à la LIPR, le juge ne peut tenir d’office une audience *ex parte* et à huis clos.

L’alinéa 16(6)(b) est quasi identique à l’alinéa 83(1)(d) de la LIPR.

L’alinéa 16(6)(c) prévoit la même chose.

Paragraph 83(1)(j) states that the “judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it”. Moreover, paragraph 83(1)(f) requires that the judge ensure the confidentiality of this withdrawn information or evidence.

The designated judge “shall” quash the certificate if it is found to be unreasonable (section 78).

Paragraph 83(1)(g) requires that the judge provide the concerned individual and the Minister with an opportunity to be heard.

Paragraph 83(1)(h) permits the judge to “receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence.”

Paragraphs 16(6)(g) and 16(6)(h) set out identical duties for the designated judge in appeals under the SATA, as compared to the IRPA.

The designated judge “may” order that the appellant’s name be removed from the list if the Minister’s decision is found to be unreasonable (subsection 16(5)).

The SATA requires the same at paragraph 16(6)(d).

The SATA provides the judge with an identical discretionary power at paragraph 16(6)(e).

L’alinéa 83(1)(j) indique que le juge « ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s’il décide qu’ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire ». Par ailleurs, l’alinéa 83(1)(f) indique qu’il incombe au juge de garantir la confidentialité des renseignements et des autres éléments de preuve retirés.

Le juge désigné « an-nule » le certificat s’il ne peut conclure qu’il est raisonnable (article 78).

L’alinéa 83(1)(g) exige que le juge donne à l’intéressé et au ministre la possibilité d’être entendus.

L’alinéa 83(1)(h) permet au juge de « recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci ».

Les alinéas 16(6)(g) et h) comportent des obligations identiques que celles du juge agissant dans le cadre de la LIPR pour le juge désigné dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA.

Le juge désigné « peut » ordonner la radiation du nom de l’appelant de la liste s’il conclut que la décision du ministre n’est pas raisonnable (paragraphe 16(5)).

La LSDA exige la même chose à l’alinéa 16(6)(d).

La LSDA confère au juge un pouvoir discrétionnaire identique à l’alinéa 16(6)(e).



Paragraph 83(1)(i) gives the judge the discretionary ability to “base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national.”

Paragraph 83(1)(k) states that “the judge shall not base a decision on information that the Minister is exempted from providing to the special advocate, shall ensure the confidentiality of that information and shall return it to the Minister.”

An appeal to the Federal Court of Appeal can be made only if the judge certifies that a serious question of general importance is involved. However, no interlocutory appeals may be made during the proceedings (section 79). Notwithstanding the foregoing, the Minister may appeal “any decision made in the proceeding requiring the disclosure of information or other evidence if, in the Minister’s opinion, the disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person” (subsection 79.1(1)).

The SATA provides for an identical power at paragraph 16(6)(f).

No such provision exists in the SATA as this legislative scheme does not explicitly provide for the appointment of a special advocate.

The Federal Court’s decision may be appealed to the Federal Court of Appeal (section 17).

L’alinéa 83(1)i accorde au juge la possibilité discrétionnaire de « fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n’est pas fourni à l’intéressé ».

L’alinéa 83(1)k indique que « [le juge] ne peut fonder sa décision sur les renseignements que le ministre n’a pas fournis à l’avocat spécial en raison de l’exemption et il lui incombe de garantir la confidentialité de ces renseignements et de les remettre au ministre ».

Un appel ne peut être interjeté auprès de la Cour d’appel fédérale que si le juge certifie qu’une question grave de portée générale est en cause. Cependant, aucun appel interlocutoire ne peut être interjeté au cours de l’instance (article 79). Malgré ce qui précède, le ministre peut porter en appel « toute décision rendue en cours d’instance et exigeant la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve qui porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui » (paragraphe 79.1(1)).

La LSDA prévoit un pouvoir identique à l’alinéa 16(6)f.

Aucune disposition de cette nature n’existe dans la LSDA, car ce régime législatif ne prévoit pas explicitement la nomination d’un avocat spécial.

La décision de la Cour fédérale peut être portée en appel auprès de la Cour d’appel fédérale (article 17).

[136] As this comparative table shows, the similarities are much more striking than the differences. The principal differences are: (1) the absence of special advocate provisions in the SATA; (2) designated judges cannot, on their own motion, call for an *ex parte* and *in camera* hearing in the SATA; and (3) the possibility of appeal to the Federal Court of Appeal is unrestricted by the provisions of the SATA.

[137] That being said, the primary difference is the absence of special advocate provisions in the SATA, as compared to the IRPA. Instead, as we will see below, it was Parliament's intent to rely on the designated judge's inherent power to appoint an *amicus curiae* to serve as a substantial substitute (see paragraphs 180 to 194 below).

[138] For the sake of an exhaustive comparison, it is equally important to note that the procedure set out in both legislative schemes does not explicitly require separate and distinct disclosure and merit phases. Contrary to what the respondent asserts, this is simply absent from these legislative schemes. In fact, in my experience with IRPA certificate cases, the disclosure and merit issues of a case are often intertwined. This does not mean that a designated judge cannot structure the case before them in two distinct phases as it is their prerogative to do so—it is just not mandatory.

[139] To conclude, a minutiose comparison of both statutes confirms that the designated judge must assume essentially the same “gatekeeper role” under the SATA, as they are required to assume under the IRPA. This necessarily contemplates that the designated judge assume an active and interventionist role throughout the entire SATA appeal process. As we have seen, former Chief Justice McLachlin made it clear in *Harkat* (2014), at paragraphs 45–47, that even with the appointment of a special advocate, the role of the designated judge must not be diminished in any way. In the present case, I ordered the appointment of the *amici curiae* and provided them with a

[136] Comme l'illustre ce tableau comparatif, les similitudes sont nettement plus frappantes que les différences. Les principales différences sont les suivantes : 1) l'absence de dispositions relatives aux avocats spéciaux dans la LSDA; 2) les juges désignés ne peuvent pas, d'office, demander la tenue d'une audience *ex parte* et à huis clos sous le régime de la LSDA; 3) la possibilité d'interjeter appel auprès de la Cour d'appel fédérale n'est pas restreinte par les dispositions de la LSDA.

[137] Cela dit, la principale différence est l'absence de dispositions relatives aux avocats spéciaux dans la LSDA, contrairement à la LIPR. Comme nous le verrons plus loin, l'intention du législateur était plutôt de se fonder sur le pouvoir inhérent du juge désigné de nommer un *amicus curiae* qui servirait à « remplacer pour l'essentiel » l'appelant (voir les paragraphes 180 à 194 ci-dessous).

[138] Pour que la comparaison soit exhaustive, il est également important de signaler que la procédure décrite dans les deux régimes législatifs n'exige pas explicitement des étapes séparées et distinctes pour la divulgation et le fond. Contrairement à ce qu'affirme l'intimé, cette exigence n'existe tout simplement pas dans ces régimes législatifs. En fait, selon l'expérience que j'ai acquise en matière d'affaires de certificat relevant de la LIPR, les questions relatives à la divulgation et au fond sont souvent étroitement liées. Cela ne veut pas dire que le juge désigné ne peut pas structurer l'affaire qui lui est soumise en deux étapes distinctes, car il a le droit le plus strict de le faire. Cette division n'est tout simplement pas impérative.

[139] En conclusion, une comparaison minutieuse des deux lois confirme que le juge désigné doit jouer essentiellement le même « rôle de gardien » dans le cadre de la LSDA que celui qu'il est tenu de jouer dans le cadre de la LIPR. Le législateur a nécessairement envisagé que le juge désigné joue un rôle actif et interventionniste tout au long du processus d'appel prévu par la LSDA. Comme nous l'avons vu, l'ancienne juge en chef McLachlin a clairement indiqué dans l'arrêt *Harkat* (2014), aux paragraphes 45 à 47, que même la nomination d'un avocat spécial ne doit nullement amoindrir le rôle du juge désigné. En l'espèce, j'ai ordonné la nomination des *amici*

particular mandate that aspires to complement the role of the designated judge in these proceedings. We now transition to the heart of the preliminary questions currently before the Court: the role of the *amici curiae* in these appeals.

C. THE ROLE OF THE AMICI CURIAE—A  
COMPLEMENT TO THE DESIGNATED JUDGE

[140] Despite the assumption of a “gatekeeper” role by a designated judge when an individual’s Charter rights, notably section 7 rights, are at play and that full disclosure and full participation is impossible due to national security interests, the Supreme Court of Canada has stated that such an active role alone does not ensure a fair judicial process. Indeed, the Supreme Court of Canada found that, in such situations, the designated judge does not constitute a substantial substitute for full disclosure and full participation because the designate judge cannot rely on the ordinary process where evidence is tested and the law is argued to arrive at their conclusion, given the absence of a mechanism to challenge the confidential information or evidence relied upon by the Minister. In *Charkaoui I*, the Supreme Court of Canada was clear that the designated judge is “not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring” (paragraph 64). For this reason, the Supreme Court of Canada noted that the appointment of third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings could serve as a substantial substitute for full disclosure and full participation (paragraphs 70–84). In *Harkat (2014)*, the Supreme Court of Canada found that such a third party, in the form of a special advocates scheme created as a response to *Charkaoui I*, combined with the “gatekeeper” role assigned to the designated judge, provided for a fair judicial process that did not violate the named person’s right to know and meet the case against them, or the right to have a decision made on the facts and the law (*Harkat (2014)*, at paragraphs 45–47 and 110–112).

*curiae* et je leur ai confié un mandat particulier qui vise à compléter le rôle du juge désigné dans la présente instance. Passons maintenant au cœur des questions préliminaires dont la Cour est actuellement saisie : le rôle que jouent les *amici curiae* dans les présents appels.

C. LE RÔLE DES AMICI CURIAE —  
COMPLÉMENTS DU JUGE DÉSIGNÉ

[140] Malgré le rôle de « gardien » que joue le juge désigné dans les cas où les droits que la Charte garantit à un particulier, notamment ceux que confère l’article 7, sont en jeu et le fait qu’il est impossible de procéder à une divulgation et à une participation pleines et entières en raison d’intérêts liés à la sécurité nationale, la Cour suprême du Canada a déclaré que ce rôle actif à lui seul ne garantit pas un processus judiciaire équitable. En fait, la Cour suprême du Canada a conclu que, dans de telles situations, le juge désigné ne remplace pas pour l’essentiel une divulgation et une participation pleines et entières parce que ce juge ne peut pas se fonder sur le processus ordinaire dans le cadre duquel les éléments de preuve sont vérifiés et les éléments de droit sont plaidés pour arriver à sa conclusion, vu l’absence de mécanisme permettant de contester les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels dont le ministre s’est servi. Dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué que le juge désigné « n’est pas en mesure de compenser l’absence d’examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause » (au paragraphe 64). Pour cette raison, la Cour suprême du Canada a indiqué que la nomination d’avocats tiers dans le cadre d’une instance *ex parte* et à huis clos pourrait servir à remplacer pour l’essentiel une divulgation et une participation pleines et entières (aux paragraphes 70 à 84). Dans l’arrêt *Harkat (2014)*, la Cour suprême du Canada a conclu que l’existence d’une telle tierce partie, sous la forme du régime des avocats spéciaux créé en réponse à l’arrêt *Charkaoui I*, ainsi que d’un juge désigné qui a un rôle de « gardien », permettait de disposer d’un processus judiciaire équitable qui ne portait pas atteinte au droit de la personne nommée d’être informée des allégations qui pesaient contre elle et d’avoir la possibilité d’y répondre, ni au droit que l’on rende une décision fondée sur les faits et le droit applicables (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 45 à 47 et 110 à 112).

[141] In essence, what can be drawn from *Charkaoui I* and *Harkat (2014)* is that, given the strict limits on disclosure imposed in the SATA, similar to the IRPA, a fair judicial process requires not only that the designated judge assume a “gatekeeper” role in appeals under the SATA but also that a third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings be named in order to provide the appellant with a substantial substitute to full disclosure and full participation.

[142] This discussion below will therefore: (1) expand on the jurisprudence concerning third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings and their role as substantial substitutes; (2) canvass the general principles pertaining to *amici curiae*; and (3) analyze the appointment and the role and powers of the *amici curiae* in these appeals.

[143] However, it is important to mention that, as we are at the preliminary stages of these appeals, this decision aims to set out the role of the *amici curiae* in light of the Charter rights at play according to what is alleged in the appellants’ notices of appeal. The constitutionality of the SATA scheme, in particular whether the *amici curiae* serve as an adequate substantial substitute in the circumstances, will be decided at a later stage of these appeals. For now, my role as a designated judge is to take note of the Charter interests and craft a fair judicial process within the limits of the Court’s jurisdiction, keeping in mind the nature of the *amicus curiae* and the parameters imposed by the SATA.

(1) Third-Party Counsel in *Ex Parte* and *In Camera* Proceedings

[144] As a brief reminder, the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* found that the former version of the IRPA engaged the individual’s interests protected in section 7 of the Charter, being life, liberty and security of the person. It then proceeded to conclude that the scheme did not provide a fair judicial process because there was no substantial substitute for the individual’s right to be

[141] Il ressort essentiellement des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* que, compte tenu des limites strictes qu’impose la LSDA en matière de divulgation, comme le fait la LIPR, la tenue d’un processus judiciaire équitable exige non seulement que le juge désigné joue un rôle de « gardien » dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA, mais aussi que, dans les instances *ex parte* et à huis clos, un avocat tiers soit nommé afin d’offrir à l’appelant une solution de rechange qui vise à remplacer pour l’essentiel la divulgation et la participation pleines et entières.

[142] Par conséquent, l’analyse qui suit 1) élabore la jurisprudence concernant les avocats tiers qui prennent part aux instances *ex parte* et à huis clos ainsi que le rôle de ces derniers en tant que solution de rechange pour remplacer pour l’essentiel les droits niés, 2) passe en revue les principes généraux qui concernent les *amici curiae* et 3) analyse la nomination ainsi que le rôle et les pouvoirs des *amici curiae* dans les présents appels.

[143] Il est toutefois important de mentionner que, comme nous nous trouvons aux stades préliminaires des appels, la présente décision vise à énoncer le rôle que jouent les *amici curiae* dans le contexte des droits garantis par la Charte qui sont en jeu conformément à ce qui est allégué dans les avis d’appel des appelants. La constitutionnalité du régime de la LSDA, notamment la question de savoir si les *amici curiae* constituent une solution de rechange adéquate dans les circonstances sera décidée à un stade ultérieur. Pour l’heure, mon rôle, en tant que juge désigné, consiste à prendre note des droits garantis par la Charte et à structurer un processus judiciaire équitable dans les limites de la compétence de la Cour, tout en gardant à l’esprit la nature de la fonction d’*amicus curiae* et les paramètres qu’impose la LSDA.

1) Les avocats tiers dans les instances *ex parte* et à huis clos

[144] À titre de bref rappel, dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour suprême du Canada a conclu que l’ancienne version de la LIPR mettait en cause les droits individuels que protège l’article 7 de la Charte, soit la vie, la liberté et la sécurité de la personne. Elle a ensuite conclu que le régime n’assurait pas un processus judiciaire équitable, car rien ne remplaçait pour l’essentiel le droit

informed of the case against them and to respond to that case (*Charkaoui I*, at paragraph 139). Without this, the Supreme Court found that the process was not fair, as the named person was not provided with the necessary information, or a substantial substitute, to be able to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants, or refute false allegations (*Charkaoui I*, at paragraphs 53–64). The Court observed that despite having an active and interventionist role, the designated judge, without more, could not ensure that their decision was based on all of the relevant information and evidence given that the individual’s interests are not represented in the *ex parte* and *in camera* portions of the proceedings where the Minister’s confidential information or other evidence is heard (*Charkaoui I*, at paragraphs 48–52). In other words, the Supreme Court found that a complement to the designated judge was necessary to ensure a fair judicial process, even when the designated judge assumes a gatekeeper role.

[145] The Court went on to consider whether the violation of section 7 of the Charter could be justified under section 1 of the Charter. On this point, the Court concluded that the legislative scheme’s lack of substantial substitute did not minimally impair the rights of the named persons and thus could not be saved under section 1 of the Charter. The Court grounded this finding in the fact that less intrusive alternatives existed and went on to review some of these alternatives (*Charkaoui I*, at paragraph 69).

[146] In *Charkaoui I*, the Court canvassed different possible substitutes. First, it pointed to section 38 of the *Canada Evidence Act* as an example of a less intrusive alternative that strikes a better “balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual” by giving the designated judge the discretion to disclose certain information if they believe that the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (*Charkaoui I*, at paragraph 77). This alternative was not chosen by the legislator in the

qu’avait la personne d’être informée des allégations qui pesaient contre elle et d’avoir la possibilité d’y répondre (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 139). La Cour suprême a conclu que, sans cela, le processus n’était pas équitable, car la personne nommée n’avait pas en main les renseignements nécessaires, ou un substitut important, pour pouvoir contredire des erreurs, relever des omissions, contester la crédibilité d’informateurs ou réfuter de fausses allégations (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 53 à 64). La Cour a fait remarquer qu’en dépit de son rôle actif et interventionniste, le juge désigné, sans plus, ne pouvait pas garantir que sa décision était fondée sur tous les renseignements et tous les éléments de preuve pertinents, vu que les droits de la personne n’étaient pas représentés dans les parties *ex parte* et à huis clos de l’instance où l’on entendait les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels du ministre (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 48 à 52). Autrement dit, la Cour suprême a conclu qu’il fallait un complément au juge désigné pour garantir un processus judiciaire équitable, même dans les cas où le juge désigné jouait un rôle de gardien.

[145] La Cour a ensuite examiné la question de savoir si le fait de porter atteinte à l’article 7 de la Charte pouvait se justifier au regard de l’article premier de la Charte. Sur ce point, elle a conclu que l’absence de solution de rechange pour remplacer pour l’essentiel les droits niés dans le régime de la loi ne constituait pas une atteinte minimale au droit des personnes nommées et que ce régime ne pouvait donc pas être sauvegardé par l’article premier de la Charte. La Cour a fondé cette conclusion sur le fait qu’il existait des solutions moins attentatoires et elle a ensuite examiné quelques-unes d’entre elles (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 69).

[146] Dans l’arrêt *Charkaoui I*, la Cour a passé en revue différentes solutions de rechange possibles. Premièrement, elle a donné l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* comme exemple d’une solution de rechange moins attentatoire qui permettait d’établir un plus juste « équilibre [...] entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus » en accordant au juge désigné le pouvoir discrétionnaire de communiquer certains renseignements s’il croyait que l’intérêt du public à l’égard de la communication l’emportait sur



SATA as paragraph 16(6)(b) makes non-disclosure mandatory if it meets certain confidentiality criteria.

[147] Concerning the third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings alternative, the Court listed several examples where they have been used as a substantial substitute to strike a better balance between the demands of national security and the rights of individuals. For instance, the Court pointed to the use of a panel of independent security cleared lawyers acting as counsel to the Security Intelligence Review Committee in order to represent the interests of non-citizens during *ex parte* and *in camera* portions of proceedings (*Charkaoui I*, at paragraphs 71–77). The Court also noted that during the Arar Inquiry, the “Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications” in order to balance these conflicting concerns (*Charkaoui I*, at paragraph 79). Finally, the Court also relied on the Special Advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission in the United Kingdom as an example of a less intrusive alternative (*Charkaoui I*, at paragraphs 80–84). Parliament’s answer to *Charkaoui I* was ultimately to opt for a special advocate scheme, which was reviewed at length by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*, where the Court found that it provided the substantial substitute that procedural fairness required in the circumstances (*Harkat (2014)*, at paragraphs 47, 67–73 and 77).

[148] That being said, if one reads *Harkat (2014)* and *Charkaoui I* carefully, they do not stand for the position that only a special advocate can fulfill the role of a substantial substitute in the context of national security. The establishment of a special advocate scheme was

l’intérêt du public à l’égard de la non-communication (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 77). Dans la LSDA, le législateur n’a pas retenu cette solution de rechange, car l’alinéa 16(6)b rend la non-communication obligatoire si elle répond à certains critères de confidentialité.

[147] Pour ce qui est de la solution de rechange d’un avocat tiers dans le cadre d’une instance *ex parte* et à huis clos, la Cour a donné plusieurs exemples où cette formule a été employée comme solution de rechange pour remplacer pour l’essentiel les droits niés de manière à trouver un plus juste équilibre entre les exigences de la sécurité nationale et les droits des particuliers. Par exemple, elle a mentionné le recours à un groupe d’avocats indépendants ayant les habilitations de sécurité voulues et chargé de conseiller le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité de manière à représenter les droits de non-citoyens lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » d’une instance (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 71 à 77). La Cour a également signalé que pendant la Commission Arar, le « commissaire bénéficiait de l’assistance d’un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l’expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d’*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité » de façon à mettre en équilibre ces préoccupations contradictoires (arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 79). Enfin, la Cour s’est également fondée sur le système des avocats spéciaux auquel recourt la Special Immigration Appeals Commission au Royaume-Uni, qu’elle a cité comme exemple d’une solution de rechange moins attentatoire (arrêt *Charkaoui I*, aux paragraphes 80 à 84). La réponse du législateur à l’arrêt *Charkaoui I* a consisté en fin de compte à opter pour un système d’avocats spéciaux, que la Cour suprême du Canada a analysé en détail dans l’arrêt *Harkat (2014)*, où elle a conclu qu’il offrait la solution de rechange remplaçant pour l’essentiel les droits niés que l’équité procédurale exigeait dans les circonstances (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 47, 67 à 73 et 77).

[148] Cela dit, si on les lit avec soin, les arrêts *Harkat (2014)* et *Charkaoui I* n’étaient pas la thèse voulant que seul un avocat spécial puisse jouer le rôle d’une solution de rechange valable dans le contexte de la sécurité nationale. L’établissement d’un système

only one of the less intrusive alternatives identified by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I*, which Parliament decided to adopt. In fact, former Chief Justice McLachlin explicitly points to the appointment of *amici curiae* during the Arar Commission as a potentially less intrusive substantial substitute, being the late Honourable Mr. Ron Atkey (an individual with a wide range of experience in matters of national security) and Mr. Gordon Cameron. See *Charkaoui I*, at paragraph 79 and Canada, Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar [Analysis and Recommendations]* (Ottawa: The Commission, 2006).

[149] In the absence of a special advocate scheme in the SATA, and a clear indication by former Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, the Honourable Ralph Goodale, that the designated judge is expected to appoint an *amicus curiae* if the circumstances require it (see full excerpt at paragraph 193), my role as a designated judge required me to appoint the *amici curiae* in these appeals. In turn, this required me to undertake the delicate task of creating a mandate for the *amici curiae* that will complement my role as a designated judge within the limits of my statutory and inherent powers, while ensuring a “substantial substitute” for the appellants to know and meet the case against them. Whether these statutory and inherent powers are sufficient to ensure a fair judicial process is a question for my review of the merits of the Minister’s decision and the constitutionality of the SATA. This will come later in these proceedings.

[150] Therefore, as my order of October 7, 2019, stipulates, two *amici curiae* were appointed, being Mr. Colin Baxter and Mr. Gib Van Ert, to serve as a substantial substitute for the appellants’ full participation and full disclosure, pursuant to *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, in order to assist the Court in fulfilling its duties in appeals under the SATA. I will now undertake a review of

d’avocats spéciaux n’était que l’une des solutions de rechange les moins attentatoires que la Cour suprême du Canada a identifiées dans l’arrêt *Charkaoui I* et que le Parlement a décidé d’adopter. En fait, l’ancienne juge en chef McLachlin indique explicitement que la nomination d’*amici curiae*, soit feu l’honorable Ron Atkey (un homme ayant une vaste expérience en matière de sécurité nationale) et M. Gordon Cameron, pendant les travaux de la Commission Arar avait été une solution de rechange valable potentiellement moins attentatoire. Voir l’arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 79, ainsi que le document intitulé « Canada, Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (Ottawa : La Commission, 2006) ».

[149] En l’absence d’un système d’avocats spéciaux dans la LSDA ainsi que d’une indication claire de la part de l’ancien ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, l’honorable Ralph Goodale, selon laquelle on s’attend à ce que le juge désigné nomme un *amicus curiae* si les circonstances l’exigent (voir l’extrait complet au paragraphe 193), mon rôle en tant que juge désigné m’obligeait à nommer les *amici curiae* dans les présents appels. Par ailleurs, cela m’obligeait à entreprendre la délicate tâche de créer, pour ces *amici curiae*, un mandat qui complèterait mon rôle de juge désigné, dans les limites de mes pouvoirs inhérents et législatifs, tout en veillant à ce que les appelants bénéficient d’une « solution de rechange valable » pour qu’ils puissent être informés de la preuve qui pèse contre eux et y répondre. La question de savoir si ces pouvoirs inhérents et législatifs sont suffisants pour garantir la tenue d’un processus judiciaire équitable est une question sur laquelle je me pencherai lors de mon examen du fond de la décision du ministre et de la constitutionnalité de la LSDA. Il en sera question plus tard dans la présente instance.

[150] Par conséquent, comme le prévoit mon ordonnance du 7 octobre 2019, deux *amici curiae* ont été nommés, soit M. Colin Baxter et M. Gib Van Ert, qui remplaceront pour l’essentiel la participation et la divulgation pleines et entières auxquelles ont droit les appelants, conformément aux arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*, de façon à aider la Cour à s’acquitter de

the general legal principles relating to the role of *amici curiae*, the Court's jurisdiction to appoint *amici curiae* in appeals under the SATA, and the role they are to undertake in these appeals.

(2) The *Amicus Curiae* and the Inherent Jurisdiction of the Court

[151] At the outset, I note that courts have increasingly relied on *amici curiae* when put in positions where certain critical perspectives are absent, both in criminal and civil proceedings. Unusual situations arise where courts must call upon a friend of the court for assistance. In national security proceedings, the use of *amici curiae* in such situations has increased exponentially since 9/11, nearly 20 years ago. A brief review of the history of the *amici curiae* will help us understand this developing trend.

[152] *Amici curiae* have occupied a role in our judicial system for hundreds of years. The common law origins of this Latin term, which literally translates to “friend[s] of the court”, dates back to the fourteenth century where the common law courts of England would receive assistance from *amici curiae* to preserve the “honour of the court” by helping it deliver justice and continue the rational development of the law in the public interest. Its role has since been a staple in common law jurisdictions throughout the world, including Canada, where this common law tradition has been received. Today, there remains no doubt as to its ongoing acceptance. See *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3 (*Criminal Lawyers' Association of Ontario*), at paragraphs 44–45 and S. Chandra Mohan, “The *Amicus Curiae*: Friends No More?”, [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

[153] The Court's jurisdiction to appoint an *amicus curiae* is inherent. It is grounded in the Court's “authority

ses obligations dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA. Je vais maintenant examiner les principes juridiques généraux qui se rapportent au rôle des *amici curiae*, la compétence qu'a la Cour de nommer des *amici curiae* dans le cadre des appels interjetés sous le régime de la LSDA, ainsi que le rôle que ces derniers doivent jouer dans ces appels.

2) Les *amicus curiae* et la compétence inhérente de la Cour

[151] Je signale tout d'abord que les tribunaux se fondent de plus en plus sur les services d'*amici curiae* lorsqu'ils se retrouvent dans une situation où certains points de vue cruciaux ne sont pas présentés, et ce, tant dans des affaires pénales que civiles. Il survient des situations inusitées dans lesquelles les tribunaux doivent faire appel à un « ami de la cour ». Dans les instances relatives à la sécurité nationale, le recours à des *amici curiae* dans de telles situations s'est accru de manière exponentielle depuis le 11 septembre 2001, il y a près de 20 ans. Un bref survol de l'historique des *amici curiae* nous aidera à comprendre l'essor de ce recours.

[152] Les *amici curiae* jouent un rôle au sein de notre système de justice depuis des centaines d'années. Les origines en common law de cette expression latine, qui se traduit littéralement par « ami[s] de la Cour », remontent au XIV<sup>e</sup> siècle, époque où les tribunaux de common law d'Angleterre bénéficiaient de l'aide d'*amici curiae* afin de préserver l'« honneur de la cour » en aidant cette dernière à rendre justice et à poursuivre l'évolution rationnelle du droit dans l'intérêt du public. La fonction d'*amicus curiae* constitue depuis lors un outil de première importance dans les pays de common law du monde entier, dont le Canada, où cette tradition de common law a été accueillie. De nos jours, l'importance de cette fonction continue d'être reconnue. Voir l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3 (arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*), aux paragraphes 44 et 45 et S. Chandra Mohan, « The *Amicus Curiae* : Friends No More? », [2010] 12 *S.J.L.S.* 352.

[153] La nomination des *amici curiae* fait partie de la compétence inhérente de la Cour. Elle repose sur le

to control its own process and function as a court of law” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46). As the Supreme Court of Canada noted in *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, this authority is linked to a court’s authority to “request its officers, particularly the lawyers to whom the court afforded exclusive rights of audience, to assist its deliberations” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46 citing B. M. Dickens, “A Canadian Development: Non-Party Intervention”, [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666, at page 671). Nonetheless, the Supreme Court of Canada has also specified that *amici curiae* must only be appointed when their assistance is essential to a judge’s ability to discharge their judicial functions in the case before them and should only be used in response to “specific and exceptional circumstances” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 47).

[154] In essence, the role of an *amicus curiae* is to serve the Court. Their client—the judge. An *amicus curiae*’s mandate varies according to the circumstances as their role and responsibilities are dependent on the judge who appoints them. However, the role of an *amicus curiae* has generally been to “represent interests that are not represented before the court, to inform the court of certain factors it would not otherwise be aware of, or to advise the court on a question of law”. See *Telbani*, at paragraph 27.

[155] For instance, pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which codifies this inherent power to appoint *amici curiae*, the Supreme Court of Canada has appointed *amici curiae* on many occasions to represent interests that are affected by the case before it and with respect to which counsel does not appear (see *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 45 and footnote 4). One of the most notable cases being the *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, where the province of Quebec chose not to participate in the reference. In that case, the Supreme Court of Canada named Mr. André Joli-Coeur of Québec City, and his team of lawyers, to argue that Québec could unilaterally secede

pouvoir de la Cour de « faire respecter sa propre procédure et [...] constituer une cour de justice » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46). Comme l’a signalé la Cour suprême du Canada dans cet arrêt, ce pouvoir est lié à celui qu’a un tribunal de « demander aux auxiliaires de justice, en particulier les avocats auxquels elle accorde le droit exclusif de plaider devant elle, de l’aider dans l’accomplissement de sa tâche » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46, citant B. M. Dickens, « A Canadian Development : Non-Party Intervention », [1977] 40 *Mod. L. Rev.* 666, à la page 671). Néanmoins, la Cour suprême du Canada a également précisé que les *amici curiae* ne doivent être nommés que dans les cas où leur aide est essentielle à la capacité qu’a un juge de s’acquitter de ses fonctions judiciaires dans l’affaire dont il est saisi et qu’il n’y a lieu de recourir à cette option qu’en réponse à une « situation particulière et exceptionnelle » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 47).

[154] L’*amicus curiae* a essentiellement pour rôle de servir la Cour. Son client est le juge. Son mandat varie en fonction des circonstances, car son rôle et ses responsabilités dépendent du juge qui le nomme. Cependant, son rôle consiste habituellement à « représenter les intérêts qui ne sont pas représentés devant la cour, à informer cette dernière de certains facteurs dont elle ne serait pas autrement au courant, ou de la conseiller sur une question de droit ». Voir la décision *Telbani*, au paragraphe 27.

[155] Par exemple, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui codifie ce pouvoir inhérent de nommer des *amici curiae*, la Cour suprême du Canada a nommé des *amici curiae* à de nombreuses reprises pour représenter des intérêts qui sont touchés dans l’affaire qui lui était soumise et à l’égard desquels des avocats ne comparaissent pas (voir l’arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 45, ainsi que la note de bas de page n° 4). L’une des affaires les plus notables est le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, dans laquelle la province du Québec a décidé de ne pas participer au renvoi. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a nommé M<sup>e</sup> André Joli-Cœur, de

from Canada under the Constitution of Canada and under international law, an interest that the Court deemed was affected but not represented before the Court (see *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast v. Canada (Department of Finance)*, [1999] 2 F.C. 381, (1998), 159 F.T.R. 129 (T.D.)). See also: *Reference re Quebec Sales Tax*, [1994] 2 S.C.R. 715, (1994), 115 D.L.R. (4th) 449 and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, (1995), O.R. (3d) 160.

[156] That being said, despite the recognition of the flexibility of an *amicus curiae*'s mandate, which is largely responsive to the circumstances and its role in representing interests that are not before a court, the Supreme Court of Canada has recognized that the nature of the position itself imposes certain inherent limits on an *amicus curiae*'s role. Indeed, there is a recognized line separating the role of an *amicus curiae* and the role of counsel for a party that must not be crossed. This is because an *amicus curiae* plays a “fundamentally different” role as its duty of loyalty lies with the Court rather than a party (*Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraph 49). Therefore, a court must avoid giving an *amicus curiae* a mandate that obliges them to take on a solicitor-client role.

[157] As a designated judge since 2002, I can say from experience that the appointment of *amici curiae* in the context of national security is well-established as they are regularly called upon by this Court in designated proceedings to assist in discharging the designated judge's judicial functions in response to the “specific and exceptional circumstances” created by *ex parte* and *in camera* proceedings. Indeed, as the important interests at play in national security often impose serious restrictions on the open court principle, a fundamental pillar of our legal system, this Court has regularly appointed *amici curiae* to help strike an appropriate balance between the public interest in secrecy and the procedural fairness rights of individuals. The importance of engaging *amici curiae* whenever important questions of law arise in the national security context has also been publicly stated by the Chief Justice of the Federal Court in past interviews (see Cristin Schmitz, “Chief Justice shows where line is drawn” *Lawyers Daily* (2 July 2015)).

Québec, ainsi que son équipe d'avocats, pour plaider que le Québec pouvait se séparer unilatéralement du Canada en vertu de la Constitution canadienne et du droit international, intérêt qui, d'après la Cour, était touché mais non représenté devant elle (voir la décision *Desjardins, Ducharme, Stein, Monast c. Canada (Ministère des Finances)*, [1999] 2 C.F. 381 (1<sup>re</sup> inst.)). Voir également les arrêts *Renvoi relatif à la taxe de vente du Québec*, [1994] 2 R.C.S. 715, et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418.

[156] Cela dit, malgré la reconnaissance de la souplesse du mandat de l'*amicus curiae*, lequel dépend en grande partie des circonstances et du rôle qu'il joue pour la représentation des intérêts qui ne sont pas plaidés devant un tribunal, la Cour suprême du Canada a reconnu que la nature de la fonction elle-même impose certaines limites inhérentes au rôle de l'*amicus curiae*. En fait, il existe une ligne de démarcation reconnue entre le rôle de l'*amicus curiae* et celui de l'avocat d'une partie qu'il ne faut pas franchir. Cela s'explique par le fait que l'*amicus curiae* joue un rôle « foncièrement différent », car son obligation de loyauté réside auprès de la Cour plutôt qu'auprès d'une partie (arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, au paragraphe 49). Un tribunal doit donc éviter de conférer à l'*amicus curiae* un mandat qui l'oblige à jouer un rôle d'avocat-client.

[157] En tant que juge désigné depuis 2002, l'expérience que j'ai acquise me permet de dire que la nomination d'*amici curiae* dans le contexte de la sécurité nationale est une pratique bien établie, car ces derniers sont régulièrement appelés par notre Cour, dans le cadre d'instances désignées, pour aider le juge désigné à s'acquitter de ses fonctions judiciaires en réponse à la « situation particulière et exceptionnelle » que crée une instance *ex parte* et à huis clos. En fait, étant donné que les intérêts importants qui sont en jeu sur le plan de la sécurité nationale imposent souvent de sérieuses restrictions au principe de la transparence des procédures judiciaires, lequel constitue un pilier fondamental de notre système de justice, notre Cour a régulièrement nommé des *amici curiae* en vue de trouver un juste équilibre entre l'intérêt public en matière de secret d'État et les droits des individus en matière d'équité procédurale. L'importance de faire appel à des *amici curiae* chaque



[158] For instance, this Court has relied on *amici curiae* to help manage this “clash of the titans” between individual rights and the collective interest in national security in the context of proceedings under section 38 the *Canada Evidence Act*. Despite the absence of any legislative provisions in the *Canada Evidence Act* requiring or permitting the appointment of an *amicus curiae*, it is firmly recognized that this Court has the jurisdiction to do so. In fact, the Federal Court of Appeal has recently noted in *Canada (Attorney General) v. Huang*, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87 (*Huang*), at paragraph 36 that:

.... As the Designated Judge pointed out, section 38 of the CEA does not explicitly provide for the possibility to appoint an *amicus*. It is as a matter of judicial discretion that the Federal Court and this Court have developed the practice to appoint an *amicus*, and it is for the court appointing an *amicus* to determine precisely the role and attributions it intends to confer on the *amicus*.

[159] This practice of appointing an *amicus curiae* in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* is also confirmed in cases such as: *Telbani*, at paragraph 26; *Ader v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 105, at paragraph 5; *Canada (Attorney General) v. Almaki*, 2011 FCA 54, 331 D.L.R. (4th) 703, at paragraph 20; and *Khadr*, at paragraphs 12–16.

[160] In fact, as Justice Mosley points out in *Khadr*, the existence of the discretion to appoint an *amicus curiae* in the context of a proceeding under section 38 of the *Canada Evidence Act* was a significant factor underpinning the finding in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (affirmed by *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FCA 388, [2008] 4 F.C.R. 3) that the provisions allowing for *ex parte* and *in camera* hearings under section 38 of

fois qu’il survient des questions de droit importantes dans le contexte de la sécurité nationale a également été publiquement mentionnée par le juge en chef de la Cour fédérale lors d’entrevues antérieures (voir Cristin Schmitz, « Chief Justice shows where line is drawn » *Lawyers Daily* (2 juillet 2015)).

[158] Par exemple, notre Cour a eu recours à des *amici curiae* pour gérer ce « choc des titans » entre les droits individuels et l’intérêt collectif à l’égard de la sécurité nationale dans le contexte d’instances fondées sur l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Malgré l’absence de toute disposition législative dans la *Loi sur la preuve au Canada* qui exige ou autorise la nomination d’un *amicus curiae*, il est fermement reconnu que notre Cour a la compétence voulue pour le faire. En fait, la Cour d’appel fédérale a récemment signalé dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Huang*, 2018 CAF 109 (arrêt *Huang*), au paragraphe 36, que :

[...] Comme le juge désigné l’a souligné, l’article 38 de la LPC ne prévoit pas explicitement la possibilité de nommer un *amicus*. C’est dans le cadre de leur pouvoir discrétionnaire que la Cour fédérale et la Cour ont développé la pratique de nommer un *amicus*, et c’est à la cour qui nomme un *amicus* de déterminer précisément le rôle et les attributions qu’elle entend lui conférer.

[159] Cette pratique consistant à nommer un *amicus curiae* dans le cadre d’une instance menée en vertu de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* est également confirmée dans des affaires telles que les suivantes : décision *Telbani*, au paragraphe 26; arrêt *Ader c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 105, au paragraphe 5; arrêt *Canada (Procureur général) c. Almaki*, 2011 CAF 54, au paragraphe 20; et décision *Khadr*, aux paragraphes 12 à 16.

[160] En fait, comme le signale le juge Mosley dans la décision *Khadr*, l’existence du pouvoir discrétionnaire de nommer un *amicus curiae* dans le contexte d’une instance introduite en vertu de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* était un facteur important qui sous-tendait la conclusion tirée dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (conf. par *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388, [2008] 4 R.C.F. 3), à savoir que les dispositions

the *Canada Evidence Act* were constitutional (*Khadr*, paragraph 12). The scheme at section 38 of the *Canada Evidence Act* was ultimately found to be constitutional by the Supreme Court of Canada in *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, in large part due to the flexibility afforded to the judge to exercise their judicial discretion, including the discretion to appoint an *amicus curiae* (see paragraphs 41–50).

[161] The appointment of an *amicus curiae* has also become the practice of this Court in warrants under section 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* when questions of law arise. For instance, in *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477 (*CSIS Act (Re) (2008)*), despite the absence of any express provision authorizing the appointment of an *amicus curiae*, the Court noted at paragraph 3:

....The need for an *amicus curiae* became evident since the CSIS could not objectively fully represent to the Court all the different points of view that the question of law brings up. It was clearly in the interest of justice that an *amicus curiae* should be appointed by the Court to deal with the opposite point of view presented by the CSIS to support the application for warrants [...].

[162] The presence of an *amicus curiae* can also be observed in subsequent decisions pertaining to warrants under the *Canadian Security Intelligence Service Act* such as: *Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c C-23 (Re)*, 2018 FCA 207; *X (Re)*, 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567; and *X (Re)*, 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684. This is, of course, not an exhaustive list.

[163] The practice of appointing an *amicus curiae* has also extended to *ex parte* and *in camera* proceedings where privilege is claimed pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. This Court found that a judge's "overriding responsibility to ensure

autorisant la tenue d'audiences *ex parte* et à huis clos en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* étaient constitutionnelles (décision *Khadr*, au paragraphe 12). Le régime que prévoit l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* a finalement été jugé constitutionnel par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, en grande partie à cause de la souplesse dont bénéficie le juge pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire judiciaire, dont celui de nommer un *amicus curiae* (voir les paragraphes 41 à 50).

[161] La nomination d'un *amicus curiae* est également devenue la pratique adoptée par notre Cour dans le cadre de mandats visés à l'article 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* lorsqu'il se pose des questions de droit. Par exemple, dans la décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477 (décision *Loi SCRS (Re) (2008)*), malgré l'absence de toute disposition explicite autorisant la nomination d'un *amicus curiae*, la Cour a fait remarquer ceci, au paragraphe 3 :

[...] Il est devenu évident qu'il fallait un *amicus curiae* car le SCRS ne pouvait objectivement présenter pleinement à la Cour tous les différents points de vue soulevés par la question de droit. L'intérêt de la justice exigeait clairement qu'un *amicus curiae* soit nommé par la Cour afin que puisse être examiné le point de vue opposé à celui présenté par le SCRS à l'appui de la demande de mandats [...]

[162] On peut également constater la présence d'un *amicus curiae* dans des décisions ultérieures concernant des mandats délivrés en vertu de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, comme l'arrêt *Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)*, 2018 CAF 207, la décision *X (Re)*, 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567 et l'arrêt *X (Re)*, 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684. Il va sans dire que cette liste n'est pas exhaustive.

[163] La pratique consistant à nommer un *amicus curiae* s'est également étendue aux instances *ex parte* et à huis clos dans le cadre desquelles un privilège est revendiqué en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Notre

fairness and the proper administration of justice” justifies the appointment of an *amicus curiae* in *X (Re)* (2017), at paragraph 32. The Federal Court of Appeal also confirmed this practice in *Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (Re)*, 2018 FCA 161, [2019] 2 F.C.R. 333 (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*), at paragraphs 41–47, 53 and 56–57.

[164] In this array of circumstances where it has become the practice of this Court to appoint an *amicus curiae* in the context of designated proceedings, *amici curiae* are called upon to occupy a role that is unique and exceptional to the national security context. The Court has turned to the use of *amici curiae* in the context of national security to help designated judges fulfill their statutory duties in a manner that upholds the judge’s overarching duty to ensure a fair judicial process.

[165] Nevertheless, in the context of national security, the *amicus curiae*’s mandate remains to be sculpted by the respective judge who appoints them. Therefore, an *amicus curiae*’s mandate may vary from one case to the next according to what is required to fulfill a designated judge’s statutory duties and overarching duty to ensure procedural fairness in the matter at hand. See *Telbani*, at paragraph 31 and *Huang*, at paragraph 36.

[166] That being said, seeing as *ex parte* and *in camera* proceedings inherently exclude concerned parties, the mandates of *amici curiae* have therefore largely been focused on providing the Court with the interests of the excluded party who does not have access to certain confidential information. This was observed by Justice Mosley in *Khadr*, at paragraph 32:

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

Cour a conclu que la « responsabilité prépondérante [du juge] qui consiste à assurer l’équité et la bonne administration de la justice » justifiait la nomination d’un *amicus curiae* dans la décision *X (Re)* (2017), au paragraphe 32. La Cour d’appel fédérale a également confirmé cette pratique dans l’arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, tel que modifié (Re)*, 2018 CAF 161, [2019] 2 R.C.F. 333 (l’arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*), aux paragraphes 41 à 47, 53 et 56 à 57.

[164] Dans cet éventail de situations dans lesquelles il est maintenant d’usage que notre Cour nomme un *amicus curiae* dans le cadre d’une instance désignée, les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle qui, dans le contexte de la sécurité nationale, est unique et exceptionnel. La Cour a eu recours à des *amici curiae* dans le contexte de la sécurité nationale pour aider des juges désignés à s’acquitter de leurs obligations légales d’une manière qui veille au respect de l’obligation générale qu’a le juge d’assurer un processus judiciaire équitable.

[165] Néanmoins, dans le contexte de la sécurité nationale, c’est au juge qui nomme l’*amicus curiae* qu’il appartient de structurer le mandat de ce dernier. Ce mandat peut donc varier d’une affaire à une autre, selon ce qu’il faut pour que le juge désigné s’acquitte de ses obligations légales et de l’obligation générale d’assurer l’équité procédurale dans l’affaire en question. Voir les décisions *Telbani*, au paragraphe 31, et *Huang*, au paragraphe 36.

[166] Cela dit, étant donné qu’une instance *ex parte* et à huis clos exclut intrinsèquement les parties intéressées, les mandats des *amici curiae* sont axés en grande partie sur la présentation à la Cour des intérêts de la partie exclue qui n’a pas accès à certains renseignements confidentiels. C’est ce qu’a fait remarquer le juge Mosley, dans la décision *Khadr*, au paragraphe 32 :

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

or her role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

[167] In fact, in *Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FCA 223, [2012] 2 F.C.R. 243 (*Sellathurai*), Dawson J.A. even found that a failure to consider whether fairness required appointing an *amicus curiae* in the context of *ex parte* and *in camera* proceedings was an error, going as far as suggesting the following mandate according to the circumstances at paragraph 55:

In these circumstances, the appointment of an *amicus*, perhaps authorized by the Court to have discussions with counsel for Mr. Sellathurai before having access to the privileged information, would allow submissions directed to Mr. Sellathurai's concerns to be made to the Court based upon the confidential record. This was a relevant factor the Judge should have considered, and which was not addressed in the jurisprudence the Judge relied upon to reject the appointment of an *amicus*.

[168] However, consistent with the Supreme Court of Canada's statements in *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, the jurisprudence in the context of national security is clear that an *amicus curiae*'s mandate cannot cross the line between representing interests that are not before the Court in order to assist the designated judge in fulfilling their duties and representing a party before the Court in designated proceedings. This line is well defined by Justice de Montigny (of this Court at the time) in *Telbani*, at paragraphs 28–31 in the context of an application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*:

There is no doubt, however, that the *amicus* is not the accused's lawyer (in a criminal proceeding) or respondent (in a civil proceeding). The role of an *amicus* is not any more analogous to that of a special advocate appointed under section 83 of the IRPA in the context of a security certificate. The role of the *amicus* is to assist the court and ensure the proper administration of justice, and the sole [TRANSLATION] "client" of the *amicus* is the court or the judge that appointed him or her. As Justice Fish (speaking on behalf of the dissenting judges) pointed out in *Ontario v Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43 (at paragraph 87), "[o]nce appointed, the *amicus* is

avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

[167] En fait, dans l'arrêt *Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CAF 223, [2012] 2 R.C.F. 243 (*Sellathurai*), la juge Dawson a même conclu qu'il était erroné de ne pas examiner si l'équité exigeait la nomination d'un *amicus curiae* dans le contexte d'une instance *ex parte* et à huis clos, allant jusqu'à suggérer le mandat suivant, suivant les circonstances, au paragraphe 55 :

Dans les circonstances, la nomination d'un *amicus*, lequel aurait peut-être été autorisé à parler à l'avocate de M. Sellathurai avant de consulter les renseignements privilégiés, aurait permis à celui-ci de se fonder sur le dossier confidentiel pour présenter des observations relatives aux préoccupations de M. Sellathurai. C'était là un facteur pertinent dont la juge aurait dû tenir compte et que n'aborde pas la jurisprudence sur laquelle elle s'est appuyée pour refuser la nomination d'un *amicus*.

[168] Cependant, conformément à ce que la Cour suprême du Canada a déclaré dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, il ressort clairement de la jurisprudence relative à la sécurité nationale que le mandat d'un *amicus curiae* ne peut pas franchir la ligne de démarcation entre le fait de représenter des intérêts qui ne sont pas présentés à la Cour dans le but d'aider le juge désigné à s'acquitter de ses fonctions et celui de représenter une partie devant la Cour dans le cadre d'une instance désignée. Cette ligne de démarcation est bien définie par le juge de Montigny (qui siégeait à notre Cour à l'époque) dans la décision *Telbani*, aux paragraphes 28 à 31, et ce, dans le contexte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* :

Il ne fait pas de doute, cependant, que l'*amicus* n'est pas l'avocat de l'accusé (dans une instance criminelle) ou du défendeur (dans une instance civile). Le rôle d'un *amicus* n'est pas davantage assimilable à celui d'un avocat spécial nommé sous l'autorité de l'article 83 de la LIPR dans le contexte d'un certificat de sécurité. Son rôle est de prêter main-forte au tribunal et d'assurer la bonne administration de la justice, et son seul « client » est le tribunal ou le juge qui l'a nommé. Comme le rappelait le juge Fish (s'exprimant au nom des dissidents) dans l'arrêt *Ontario c Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43 (au para 87), « [u]ne fois nommé, l'*amicus* a une

bound by a duty of loyalty and integrity to the court and not to any of the parties to the proceedings”.

It cannot be otherwise if the *amicus* is to be able to fully carry out the role assigned to him or her. Indeed, it is not inconceivable that he or she may be required to raise arguments or points of law that are not necessarily favourable to the accused or the respondent. Indeed, that is the reason that the Supreme Court unanimously concluded in *Criminal Lawyers' Association* that a lawyer appointed as *amicus* who takes on the role of defence counsel is no longer a friend of the court (see paragraphs 56 for the majority and 114 for the minority). Although the Court was divided on the issue of whether a superior court has the inherent power to set rates of remuneration for *amici*, all the judges considered that the role of an *amicus* and that of defence counsel are incompatible. I find that the same is true in a civil proceeding, although the dividing line may not always be so clear cut and the consequences of the blurring of lines may not be as dramatic.

In short, playing a role that may sometimes be opposite to that of the Attorney General does not make the *amicus* a defence counsel or counsel for the civil party. The objective of the *amicus* and the state of mind in which he or she acts is not to assume the role of an advocate for the accused or the respondent, but to provide the Court with insight that it would not otherwise obtain and to assist it in making a decision that is in the best interests of justice. The fact that these interests may converge in certain circumstances does not change anything and merely represents, in a manner of speaking, a marginal benefit resulting from the appointment of *amicus*. He or she must therefore act at all times with transparency, without ever attempting to take counsel for the Attorney General by surprise. The tactics and strategies that defence counsel, and even, in certain circumstances, a special advocate, may properly use are misplaced in a proceeding under section 38 of the *CEA*.

That said, the role of the *amicus* in such a proceeding may be modulated by the judge who appoints him or her to take into account the unique nature of an application under section 38 of the *CEA*. The very nature of the information to which the *amicus* will have access, the seriousness of the issues raised by the balancing of national security and the fairness of the proceedings, and the degree of transparency with which the Attorney General as well as the witnesses called in support of the application discharge their duties, are factors that may lead an *amicus*

obligation de loyauté et d'intégrité envers le tribunal, et non vis-à-vis de l'une ou l'autre des parties à l'instance ».

Il ne saurait d'ailleurs en aller autrement si l'*amicus* doit pouvoir jouer intégralement le rôle qui lui est imparti. En effet, il n'est pas inconcevable qu'il ait à faire valoir des arguments ou des points de droit qui ne soient pas nécessairement favorables à l'accusé ou au défendeur. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour suprême a unanimement conclu dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* qu'une fois nommé *amicus*, l'avocat qui accepte de tenir le rôle d'avocat de la défense n'est plus l'ami de la Cour (voir les paragraphes 56 pour la majorité et 114 pour la minorité). Bien que la Cour se soit divisée sur la question de savoir si une cour supérieure a le pouvoir inhérent de fixer le taux de rémunération d'un *amicus*, tous les juges ont considéré que le rôle d'un *amicus* et celui d'un avocat de la défense sont antinomiques. J'estime qu'il en va de même dans le cadre d'une procédure civile, même si la ligne de démarcation n'est peut-être pas toujours aussi claire et que les conséquences d'une confusion des genres ne seraient pas nécessairement aussi dramatiques.

Bref, le fait de jouer un rôle qui peut parfois être opposé à celui du Procureur général ne fait pas de l'*amicus* un avocat de la défense ou de la partie civile. L'objectif de l'*amicus* et l'état d'esprit dans lequel il agit n'est pas de prendre fait et cause pour l'accusé ou le défendeur, mais d'apporter à la Cour un éclairage qu'elle ne recevrait pas autrement et de l'aider à prendre une décision qui soit dans le meilleur intérêt de la justice. Le fait que ces intérêts puissent converger dans certaines circonstances n'y change rien et ne représente pour ainsi dire qu'un bénéfice marginal résultant de la nomination d'un *amicus*. Ce dernier se doit donc d'agir en tout temps avec transparence, sans jamais tenter de prendre les avocats du Procureur général par surprise. Les tactiques et les stratégies que pourrait à bon droit utiliser un avocat de la défense et même, dans certaines circonstances, un avocat spécial, ne sont pas de mise dans le cadre d'une procédure découlant de l'article 38 de la *LPC*.

Ceci dit, le rôle de l'*amicus* dans une telle procédure pourra être modulé par le juge qui le nomme pour tenir compte du caractère très particulier d'une demande présentée sous l'autorité de l'article 38 de la *LPC*. La nature même des renseignements auxquels l'*amicus* aura accès, la gravité des enjeux que soulève l'équilibrage de la sécurité nationale et l'équité des procédures, et le degré de transparence avec lequel le Procureur général ainsi que les témoins appelés au soutien de la demande s'acquittent de leur fonction, sont autant de facteurs qui pourront amener



to play a more or less interventionist role depending on the circumstances.

[169] That being said, it would be remiss of me if I did not mention the jurisprudence emanating from Ontario following *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, which demonstrates that where an expanded role for the *amicus curiae* is justified due to a real risk of a miscarriage of justice, the gap between representing a party before the Court as defence counsel and representing their interests may appear paper-thin. See *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277 (*Jaser*), at paragraphs 35–42 and *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197 (*Imona-Russel*), at paragraphs 85–94. In these decisions, the courts discussed situations where the self-represented accused are incompetent and the appointment of an *amicus curiae* is necessary to avoid a potential miscarriage of justice. Interpreting *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, these courts respectively found that an *amicus curiae* could be assigned a mandate to “act for the accused” (*Jaser*, at paragraph 39) and to discuss legal issues and speak to the court “on behalf of the accused” without taking “on the role of defence counsel” (*Imona-Russel*, at paragraph 88), as warned by the majority in *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraphs 49–56. This last restriction may be a difficult to apply in reality.

[170] This interpretation of *Criminal Lawyers' Association of Ontario* does not appear to be in line with the interpretation of the Supreme Court of Canada's decision in the jurisprudence by which I am bound, notably *Telbani*, at paragraphs 27–30 and *Huang*, at paragraph 36, which draw a line between representing interests and acting on behalf of a party. Although Justice Mosley, at one point, uses similar language to *Jaser* in his 2008 *Khadr* decision (paragraph 32), this was before the Supreme Court of Canada's decision in *Criminal Lawyers' Association of Ontario* and before *Telbani* and *Huang*. As such, for the time being, it is my belief that my inherent powers to appoint an *amicus curiae* and craft their mandate according to the circumstances do not

un *amicus* à jouer un rôle plus ou moins interventionniste selon les circonstances.

[169] Cela dit, il serait négligent de ma part de ne pas faire état de la jurisprudence élaborée en Ontario à la suite de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, laquelle démontre que lorsqu'il est justifié de confier un rôle élargi à l'*amicus curiae* à cause d'un réel risque d'erreur judiciaire, l'écart entre le fait de représenter une partie devant le tribunal en tant qu'avocat de la défense et celui de présenter les intérêts de cette partie peut sembler bien mince. Voir la décision *R. v. Jaser*, 2014 ONSC 2277 (décision *Jaser*), aux paragraphes 35 à 42 et l'arrêt *R. v. Imona-Russel*, 2019 ONCA 252, 145 O.R. (3d) 197 (arrêt *Imona-Russel*), aux paragraphes 85 à 94. Dans ces deux décisions, les tribunaux ont analysé des situations dans lesquelles l'accusé, qui assurait lui-même sa défense, était incompetent et où il était nécessaire de nommer un *amicus curiae* pour éviter une éventuelle erreur judiciaire. Interprétant l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, ces tribunaux ont conclu, respectivement, que l'on pouvait attribuer à un *amicus curiae* le mandat de [TRADUCTION] « représenter l'accusé » (décision *Jaser*, au paragraphe 39) et de discuter de questions de droit et de s'entretenir avec le tribunal [TRADUCTION] « pour le compte de l'accusé » sans jouer le [TRADUCTION] « rôle de l'avocat de la défense » (arrêt *Imona-Russel*, au paragraphe 88), comme l'avait souligné la majorité dans l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, aux paragraphes 49 à 56. Cette dernière restriction peut être difficile à appliquer en pratique.

[170] Cette interprétation de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario* ne semble pas concorder avec l'interprétation que l'on fait de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans la jurisprudence à laquelle je suis lié, notamment la décision *Telbani*, aux paragraphes 27 à 30, et l'arrêt *Huang*, au paragraphe 36, qui tracent une ligne de démarcation entre le fait de représenter les intérêts d'une partie et celui d'agir pour son compte. Même si le juge Mosley recourt à un certain moment à une formulation semblable à celle de la décision *Jaser* dans sa décision *Khadr* de 2008 (au paragraphe 32), c'était avant l'arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario* de la Cour suprême du Canada et avant la décision *Telbani* et l'arrêt *Huang*. Cela étant, pour le moment, je crois que



permit me to assign the *amici curiae* a mandate that would have them act “on behalf” of the appellants. However, my inherent powers do permit me to assign them a mandate to “represent the interests” of the appellants. Having said that, the time may come where unforeseen important facts discovered in closed proceedings may justify the appointment of an *amicus curiae* with a more representative role in the *ex parte* and *in camera* proceedings. For the time being, this is not the case in these appeals.

[171] Some may say that assigning a mandate to “represent the interests” of an appellant before the Court in *ex parte* and *in camera* portions of an appeal falls beyond this inherent limit on the role of the *amicus curiae*. It may be argued that acting “on behalf” of an individual and “representing the interests” of an individual are one and the same and that the difference is largely semantic. Although these mandates may manifest themselves similarly in certain circumstances, the differences are the state of mind in which the *amicus curiae* acts and the tactics and strategies that are appropriate when acting “on behalf” of an individual as compared to presenting interests to assist the Court where they are unrepresented (*Telbani*, at paragraph 30). It is my belief that “representing the interests” of an appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of an appeal is still compatible with the inherent limits on the role of the *amicus curiae* as this is consistent with what is said in *Telbani*, at paragraph 27 and consistent with the role often assigned by the Supreme Court of Canada to *amici curiae* pursuant to subsection 53(7) of the *Supreme Court Act (Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 45 and footnote 4).

(3) Differences Between Role of the Special Advocate and the *Amicus Curiae*

[172] Consistent with what is noted in *Telbani*, the principal difference between the *amicus curiae* and the special advocate in the context of national security largely

les pouvoirs inhérents dont je dispose pour nommer un *amicus curiae* et structurer son mandat en fonction des circonstances de l’espèce ne me permettent pas d’attribuer aux *amici curiae* un mandat qui les amènerait à agir « pour le compte » des appelants. Cependant, mes pouvoirs inhérents me permettent de leur attribuer le mandat de « représenter les intérêts » des appelants. Cela dit, il viendra peut-être un jour où des faits importants et imprévus, découverts lors d’une instance à huis clos, justifieront la nomination d’un *amicus curiae* qui jouera un rôle plus représentatif dans l’instance *ex parte* et à huis clos. Pour le moment, ce n’est pas le cas en l’espèce.

[171] D’aucuns pourraient dire que le fait d’attribuer un mandat visant à « représenter les intérêts » d’un appellant devant le tribunal lors des parties *ex parte* et à huis clos d’un appel excède cette limite inhérente au rôle de l’*amicus curiae*. On pourrait dire aussi que le fait d’agir « pour le compte » d’une personne et le fait de « représenter les intérêts » d’une personne constituent une seule et même chose, et que la différence est essentiellement de nature sémantique. Même si ces mandats peuvent se manifester de façon semblable dans certaines circonstances, les différences sont l’état d’esprit dans lequel l’*amicus curiae* agit ainsi que les tactiques et les stratégies dont il convient d’user lorsqu’on agit « pour le compte » d’une personne, comparativement au fait de présenter des intérêts pour aider la Cour dans une situation où ces intérêts ne sont pas représentés (décision *Telbani*, au paragraphe 30). Je suis d’avis que le fait de « représenter les intérêts » d’un appellant lors des parties *ex parte* et à huis clos d’un appel est encore compatible avec les limites inhérentes du rôle de l’*amicus curiae*, car cela concorde avec ce qui est dit dans la décision *Telbani*, au paragraphe 27, et avec le rôle qu’attribue souvent la Cour suprême du Canada aux *amici curiae*, conformément au paragraphe 53(7) de la *Loi sur la Cour suprême (Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 45 et à la note de bas de page n° 4).

3) Les différences entre le rôle de l’avocat spécial et celui de l’*amicus curiae*

[172] Conformément à ce qui est signalé dans la décision *Telbani*, la principale différence entre l’*amicus curiae* et l’avocat spécial dans le contexte de la sécurité

rests in the source of their legal roles, responsibilities, and powers. Whereas the *amicus curiae*'s role derives from a recognized common law discretionary power afforded to judges, special advocates are creatures of statute whose existence and role entirely depend on Parliament.

[173] This difference in their legal sources accounts for the difference in their fundamental roles and responsibilities in a particular proceeding as well as the powers they possess.

[174] Indeed, the special advocate is assigned a specific role under the IRPA: to “protect” the interests of the named person (subsection 85.1(1)). Meanwhile, the *amicus curiae*'s role is to serve the Court and to assist it in discharging its duties. That being said, in the context of national security, a judge often assigns an *amicus curiae* the role of representing the interests of a party that is not before the Court in order to assist the Court in discharging its duties to ensure a fair process while maintaining the secrecy of sensitive information and evidence not disclosed to a party. Similarly, the IRPA assigns the special advocate the role of protecting the interests of the named person with regard to confidential information and evidence not disclosed. This is consistent with the Supreme Court of Canada's decision in *Charkaoui I*, which found that the fairness of a proceeding cannot rest entirely on the shoulders of a designated judge's interventionist mandate (paragraph 65) and that an independent counsel could help designated judges uphold their duty to ensure a fair process (paragraphs 70–84).

[175] However, although the *amicus curiae* is often assigned the role of representing the interests of a party before the Court, their mandate is entirely dependent on the judge who appoints them. In contrast, the role, responsibilities, and powers of the special advocate are fixed and explicitly provided for in the IRPA, thus giving a judge very little discretion to shape their mandate but for a provision that allows the judge to grant additional powers: see paragraph 85.2(c) of the IRPA. What is more, the

nationale réside en grande partie dans la source de leurs rôles, leurs responsabilités et leurs pouvoirs sur le plan juridique. Si le rôle de l'*amicus curiae* découle d'un pouvoir discrétionnaire reconnu en common law qui est conféré aux juges, les avocats spéciaux sont créés par des lois et leur existence et leur rôle dépendent entièrement du législateur.

[173] Cette différence de sources juridiques explique la différence entre leurs responsabilités et leurs rôles fondamentaux dans une instance particulière, de même que les pouvoirs qu'ils détiennent.

[174] En fait, l'avocat spécial se voit attribuer un rôle précis dans le cadre de la LIPR : « défendre » les intérêts de la personne nommée (paragraphe 85.1(1)). En revanche, le rôle de l'*amicus curiae* est de servir la Cour et de l'aider à s'acquitter de ses obligations. Cela dit, dans le contexte de la sécurité nationale, le juge attribue souvent à l'*amicus curiae* le rôle de représenter les intérêts d'une partie qui n'ont pas été présentés au tribunal afin d'aider celui-ci à s'acquitter de ses obligations et à assurer la tenue d'un processus équitable tout en préservant le caractère secret de renseignements et d'éléments de preuve confidentiels qui n'ont pas été divulgués à une partie. De façon similaire, la LIPR attribue à l'avocat spécial le rôle de défendre les intérêts de la personne nommée pour ce qui est des éléments de preuve et des renseignements confidentiels non divulgués, ce qui est compatible avec l'arrêt *Charkaoui I*, où la Cour suprême du Canada a conclu que l'équité d'une instance ne peut reposer entièrement sur les épaules du mandat interventionniste d'un juge désigné (au paragraphe 65) et qu'un avocat indépendant pourrait aider les juges désignés à s'acquitter de leur obligation d'assurer la tenue d'un procès équitable (aux paragraphes 70 à 84).

[175] Cependant, même si l'on attribue souvent à l'*amicus curiae* le rôle de représenter les intérêts d'une partie devant le tribunal, leur mandat dépend entièrement du juge qui les nomme. Par contraste, le rôle, les responsabilités et les pouvoirs de l'avocat spécial sont fixés et explicitement prévus dans la LIPR, ce qui accorde aux juges fort peu de pouvoirs discrétionnaires pour ce qui est de façonner leur mandat, hormis une disposition qui permet aux juges de leur accorder des pouvoirs

appointment of an *amicus curiae* is discretionary while the special advocate is mandatory. This certainty from one case to the next is often touted as an important advantage of the special advocate's system, as compared to the *amicus curiae*.

[176] Meanwhile, in appointing an *amicus curiae*, a judge retains the flexibility to craft an *amicus curiae*'s mandate according to the circumstances in order to balance the duty to ensure a fair process with concerns of judicial efficacy and limiting delay, the latter often a statutory duty in the context of national security (see subsection 16(4) of the SATA and paragraph 83(1)(a) of the IRPA). Indeed, delay has been an ongoing concern for this Court with regard to special advocates: see *Harkat (Re)*, 2009 FC 340, 339 F.T.R. 129, at paragraphs 19–23 where this Court refused the special advocates' request for the additional disclosure of "thousands of documents" because such "an order would be akin to a fishing expedition and would unacceptably delay [the] proceeding" (paragraph 21). See also this Court's comments regarding public costs and delay in *Harkat (Re)*, 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, at paragraphs 37–38. The special advocate's role, responsibilities and powers are fixed and there is little flexibility to adjust them according to the circumstances. Moreover, the naming of a special advocate is limited to a list of approved lawyers established by the Minister of Justice, which has dwindled over the years to 11 lawyers mostly based in Toronto or Ottawa. In comparison, the Court, having the discretionary flexibility to do so, has developed and updated over the years a list of security-cleared *amici curiae* to assist it in designated proceedings with an emphasis on diverse, regional, and linguistic representation.

[177] Assisted by the foregoing jurisprudential and legislative background, we can move to the issue at the foreground of this appeal: the role and powers of the *amici curiae*.

supplémentaires : voir l'alinéa 85.2c) de la LIPR. Qui plus est, la nomination d'un *amicus curiae* est une mesure discrétionnaire, tandis que celle de l'avocat spécial est impérative. Cette certitude d'une affaire à une autre est souvent louée comme un avantage marquant du système des avocats spéciaux, comparativement à celui des *amici curiae*.

[176] En revanche, quand il nomme un *amicus curiae*, le juge conserve la latitude de façonner son mandat en fonction des circonstances, de façon à mettre en équilibre l'obligation d'assurer la tenue d'un processus équitable et les préoccupations relatives à l'efficacité judiciaire et à la limitation des délais, ce dernier point étant souvent une obligation légale dans le contexte de la sécurité nationale (voir le paragraphe 16(4) de la LSDA et l'alinéa 83(1)a) de la LIPR). En fait, la question des délais est un point qui préoccupe notre Cour de manière constante lorsqu'il est question des avocats spéciaux : voir la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 340, aux paragraphes 19 à 23, où notre Cour a refusé la demande des avocats spéciaux qui souhaitaient obtenir la communication supplémentaire de « milliers de documents » parce qu'une telle « ordonnance s'apparenterait à une recherche à l'aveuglette et retarderait de manière inacceptable la présente instance » (au paragraphe 21). Voir aussi les commentaires de notre Cour au sujet des frais publics et des délais dans la décision *Harkat (Re)*, 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, aux paragraphes 37 et 38. Le rôle, les responsabilités et les pouvoirs de l'avocat spécial sont fixes et il y a peu de latitude pour les rajuster en fonction des circonstances. Par ailleurs, la nomination d'un avocat spécial se limite à une liste d'avocats approuvés, dressée par le ministre de la Justice, liste qui s'est amenuisée au fil des ans et qui compte 11 avocats, dont les bureaux sont situés surtout à Toronto ou à Ottawa. Par comparaison, la Cour, jouissant de la latitude discrétionnaire requise pour le faire, a mis au point et mis à jour au fil des ans une liste d'*amici curiae* approuvés sur le plan de la sécurité afin de l'aider dans le cadre d'instances désignées et qui est axée sur une représentation diversifiée, régionale et linguistique.

[177] Le contexte jurisprudential et législatif qui précède étant énoncé, nous pouvons maintenant passer à la question qui se situe à l'avant-plan des présents appels : le rôle et les pouvoirs des *amici curiae*.

(4) Appointment, Role, and Powers of the *Amici Curiae*

[178] With a thorough understanding of my role as a designated judge under the SATA to ensure a fair judicial process that also protects Canada’s national security interests, the Supreme Court of Canada’s statements concerning third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings, and the law applicable to *amici curiae* and how they compare to special advocates under the IRPA, I shall now turn to the role of the *amici curiae* in these appeals under the SATA. I felt that the foregoing points of law needed to first be established before pursuing this analysis as they were of top-of-mind when I appointed the *amici curiae* on October 7, 2019.

[179] In this section I will start by (1) analysing the Court’s jurisdiction to appoint the *amici curiae* in these appeals under the SATA; I will then (2) canvass their role in these appeals; and finally I will (3) set out their powers to fulfill this role, which will include an analysis as to whether the *amici curiae* can cross-examine the respondent’s witnesses on the merits of the decision under appeal.

(i) Appointment of the *Amici Curiae*

[180] Although no party has yet opposed the October 7, 2019, appointment of the *amici curiae* in these appeals, I find it necessary to briefly analyze my ability to appoint the *amici curiae* seeing as these are the first appeals under the SATA.

[181] As stated in detail above, my ability to appoint an *amicus curiae* is an inherent power grounded in the Court’s “authority to control its own process and function as a court of law” (*Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, at paragraph 46). It is nonetheless limited to “specific and exceptional circumstances” where their

4) La nomination, le rôle et les pouvoirs des *amici curiae*

[178] Ayant une bonne compréhension de mon rôle en tant que juge désigné sous le régime de la LSDA, lequel consiste à assurer la tenue d’un processus judiciaire équitable qui protège aussi les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale, des observations faites par la Cour suprême du Canada au sujet des avocats tiers dans les instances *ex parte* et à huis clos, de même que des règles de droit qui s’appliquent aux *amici curiae* et de la manière dont ces derniers se comparent aux avocats spéciaux qui relèvent de la LIPR, je vais maintenant examiner le rôle que jouent les *amici curiae* dans les présents appels interjetés en vertu de la LSDA. J’ai eu le sentiment qu’il était nécessaire d’établir d’abord les points de droit qui précèdent avant de poursuivre la présente analyse, car c’était eux que j’avais principalement à l’esprit quand j’ai nommé les *amici curiae* le 7 octobre 2019.

[179] Dans la présente section, je vais commencer par 1) analyser la compétence qu’a la Cour pour nommer les *amici curiae* dans les présents appels interjetés sous le régime de la LSDA; je vais ensuite 2) examiner le rôle qu’ils jouent dans le cadre des présents appels; enfin, je vais 3) énoncer les pouvoirs dont ils disposent pour s’acquitter de ce rôle, ce qui comportera une analyse de la question de savoir si les *amici curiae* peuvent contre-interroger les témoins de l’intimé sur le fond de la décision portée en appel.

(i) La nomination des *amici curiae*

[180] Bien qu’aucune partie ne se soit encore opposée à la nomination, le 7 octobre 2019, des *amici curiae* dans le cadre des présents appels, j’estime qu’il est nécessaire d’analyser brièvement mon habilité à les nommer étant donné qu’il s’agit en l’espèce des premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA.

[181] Comme il a été indiqué plus tôt en détail, mon habilité à nommer un *amicus curiae* est une compétence inhérente qui repose sur le « pouvoir [de la Cour] de faire respecter sa propre procédure et de constituer une cour de justice » (arrêt *Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, au paragraphe 46). Ce pouvoir se limite néanmoins à

assistance is essential to a judge's ability to discharge their judicial functions in the case before them (*Criminal Lawyers' Association of Ontario*, at paragraph 47). In the context of national security, their appointment has become the practice of this Court where no third-party counsel in *ex parte* and *in camera* proceedings is provided for by law and where limits on disclosure and participation have been imposed by the legislative scheme in the interest of national security. Fairness calls for such appointments, loud and clear. Without such appointments, the judicial process would be fundamentally flawed.

[182] With regard to the SATA, it is evident that the appointment of the *amici curiae* is consistent with the statutory duties imposed on the designated judge by the SATA as well as consistent with its object and Parliament's intent.

[183] Indeed, the appointment of an *amicus curiae* under the SATA is consistent with the implied intention of the statutory duties assigned to a designated judge in section 16 of the SATA.

[184] The SATA requires that a judge hear information or other evidence provided by the Minister in the absence of the public and of the appellant and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person. See paragraph 16(6)(a). Similarly, the SATA assigns the judge the responsibility of ensuring the confidentiality of this information or evidence. See paragraph 16(6)(b). Yet, the SATA also tasks the judge with ensuring that the appellant and the Minister are both provided with an opportunity to be heard. See paragraph 16(6)(d).

[185] Seeing as the SATA assigns these seemingly conflicting duties to the designated judge, the appointment of an *amicus curiae* is not only consistent with these statutory duties but may be the only way to simultaneously give them effect. This is particularly so given that the designated judge is required to hold *ex parte* and *in*

une « situation particulière et exceptionnelle » dans laquelle le juge doit avoir besoin de l'aide de ces personnes pour s'acquitter de ses fonctions dans l'affaire en cause (arrêt *Criminal Lawyers' Association of Ontario*, au paragraphe 47). Dans le contexte de la sécurité nationale, il est devenu d'usage pour notre Cour de procéder à la nomination de telles personnes lorsqu'aucun avocat tiers n'est prévu par la loi dans le cas d'une instance *ex parte* et à huis clos et lorsque le régime législatif impose, dans l'intérêt de la sécurité nationale, des limites à la divulgation et à la participation. L'équité exige de telles nominations de manière on ne peut plus évidente. Sans ces nominations, le processus judiciaire serait fondamentalement vicié.

[182] Dans le cas de la LSDA, il est évident que la nomination des *amici curiae* est compatible avec les obligations légales imposées au juge désigné ainsi qu'avec l'objet de cette loi et l'intention du législateur.

[183] En fait, la nomination d'un *amicus curiae* sous le régime de la LSDA est une mesure qui est compatible avec l'objet implicite des obligations légales qu'attribue au juge désigné l'article 16 de la LSDA.

[184] La LSDA exige que le juge entende des renseignements ou d'autres éléments de preuve que fournit le ministre en l'absence du public ainsi qu'en l'absence de l'appellant et de son avocat si, de l'avis du juge, la communication de ces renseignements ou de ces éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Voir l'alinéa 16(6)a). Dans le même ordre d'idées, la LSDA confie au juge la responsabilité de garantir la confidentialité de ces renseignements ou éléments de preuve. Voir l'alinéa 16(6)b). Pourtant, la LSDA charge également le juge de veiller à ce que l'appellant et le ministre aient tous deux la possibilité d'être entendus. Voir l'alinéa 16(6)d).

[185] Étant donné que la LSDA attribue au juge désigné ces obligations en apparence contradictoires, la nomination d'un *amicus curiae* est non seulement une mesure qui est compatible avec ces obligations légales, mais elle peut être aussi la seule façon de leur donner simultanément effet. Cela est d'autant plus vrai que le juge désigné



*camera* hearings and is required to maintain the confidentiality of certain information or evidence to the exclusion of the appellant while also obligated to provide the appellant with an opportunity to be heard. While the *amicus curiae* cannot fully replicate the involvement of the appellant and their counsel in the *ex parte* and *in camera* proceedings, an *amicus curiae* with a robust mandate gives as much effect as possible under the current statutory scheme to an appellant's right to be heard during *ex parte* and *in camera* hearings while still ensuring the confidentiality of the information.

[186] Moreover, given the role assigned to the designated judge in appeals under the SATA, and the absence of the appellant and their counsel during *ex parte* and *in camera* hearings on the confidential information or evidence, the appointment of an *amicus curiae* is implicitly required to allow the judge to fulfill their duties. For instance, the SATA provides the designated judge at paragraph 16(6)(e) with the power to receive anything into evidence that is reliable and appropriate (“*digne de foi*”), even if it is inadmissible in a court of law as well as the power to base their decision on that information. Similarly, paragraph 16(6)(f) provides that a judge may base their decision on information or evidence regardless of whether it was provided to the appellant or whether a summary of that information was provided.

[187] Therefore, given these powers assigned to the designated judge, an *amicus curiae* is implicitly required to assist the Court in testing the reliability and appropriateness of certain information or evidence not disclosed to the appellant during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal, and to assist the Court in weighing this information or evidence. This is necessary because such evidence or information cannot be summarized to the appellant and would be inadmissible in a court of law. This task requires the *amici curiae* to help not only test the grounds for non-disclosure but also the reliability and appropriateness of the evidence, which goes to the reasonableness of the Minister's decision. It also requires the *amici curiae* to help test the reliability and appropriateness of new confidential information submitted to this Court as well as the impacts of withdrawn information.

est obligé de tenir des audiences *ex parte* et à huis clos et de préserver la confidentialité de certains renseignements ou éléments de preuve, en excluant l'appelant, tout en étant également obligé de fournir à ce dernier une possibilité d'être entendu. Bien que l'*amicus curiae* ne puisse se substituer entièrement à l'appelant et à son avocat lors de l'instance *ex parte* et à huis clos, sa présence, s'il est doté d'un mandat vigoureux, donne le maximum d'effet possible dans le régime législatif actuel au droit de l'appelant d'être entendu lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, tout en garantissant la confidentialité des renseignements.

[186] Par ailleurs, vu le rôle confié au juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA et l'absence de l'appelant et de son avocat lors des audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les renseignements ou les éléments de preuve confidentiels, la nomination d'un *amicus curiae* est implicitement exigée pour que le juge puisse s'acquitter de ses fonctions. Par exemple, la LSDA confère à l'alinéa 16(6)e) au juge désigné le pouvoir de recevoir et d'admettre en preuve tout élément digne de foi et utile, même s'il est inadmissible en justice, ainsi que le pouvoir de fonder sa décision sur ces renseignements. Dans le même ordre d'idées, l'alinéa 16(6)f) prévoit que le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou des éléments de preuve, peu importe si ces renseignements ou éléments de preuve, ou un résumé de ceux-ci, ont été fournis à l'appelant.

[187] En conséquence, compte tenu des pouvoirs attribués au juge désigné, la présence d'un *amicus curiae* est implicitement requise pour aider le tribunal à vérifier si certains renseignements ou éléments de preuve non divulgués à l'appelant au cours des volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel sont fiables et dignes de foi, ainsi que pour aider le tribunal à évaluer ces renseignements ou ces éléments de preuve. Cela doit être fait parce que ces éléments de preuve ou ces renseignements ne peuvent pas être résumés à l'appelant et seraient inadmissibles en justice. Cette tâche exige que les *amici curiae* aident à vérifier non seulement les motifs de la non-divulgaration, mais aussi si les éléments de preuve sont fiables et dignes de foi, ce qui touche le caractère raisonnable de la décision du ministre. Cela exige aussi que les *amici curiae* aident à vérifier si de nouveaux renseignements

[188] To summarize, when read together holistically, the duties and powers assigned to the designated judge in appeals under the SATA are not only consistent with the appointment of an *amicus curiae*, but in many cases require the appointment of an *amicus curiae* in order to give simultaneous effect to the responsibilities assigned to the designated judge as well as to allow the Court to fully meet its assigned adjudicative statutory duties.

[189] Moreover, the appointment of an *amicus curiae* in an appeal under the SATA is not only consistent with a harmonious reading of the statutory procedures for appeals under subsection 16(6) of the SATA, but is also consistent with its object as well as Parliament's intent.

[190] As seen above, the object of the SATA can be summarized as a legislative scheme seeking to ensure a careful balance between the rights and freedoms of individuals while protecting Canada's national security interests and the safety of Canadians relating to air travel.

[191] The appointment of an *amicus curiae* in the context of appeals under the SATA is consistent with this legislative object. The appointment of an *amicus curiae* with a robust mandate provides a certain level of procedural fairness to an appellant in *ex parte* and *in camera* proceedings when their rights and freedoms are at risk. Yet, it still ensures the respect of the confidential nature of information and evidence that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

[192] This intent to balance individual rights and freedoms with Canada's national security interests and the protection of Canadians via the possibility of appointing

confidentiels présentés à notre Cour sont fiables et dignes de foi ainsi que l'effet des renseignements retirés.

[188] En résumé, si on les considère ensemble et de manière holistique, les obligations et les pouvoirs que l'on attribue au juge désigné dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA sont compatibles avec la nomination d'un *amicus curiae*, mais aussi, dans de nombreux cas, requièrent une telle nomination afin de donner simultanément effet aux responsabilités assignées au juge désigné ainsi que de permettre à la Cour de s'acquitter pleinement des obligations législatives décisionnelles qui lui sont attribuées.

[189] Par ailleurs, la nomination d'un *amicus curiae* dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la LSDA est compatible non seulement avec une interprétation harmonieuse des dispositions législatives en matière d'appel que prévoit le paragraphe 16(6) de la LSDA, mais aussi avec l'objet de cette dernière et avec l'intention du législateur.

[190] Comme nous l'avons vu plus tôt, il est possible de résumer l'objet de la LSDA en disant qu'il s'agit d'un régime législatif qui vise à trouver un juste équilibre entre les droits et libertés d'individus tout en protégeant les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale ainsi que la sécurité des Canadiens relativement aux déplacements aériens.

[191] Dans le contexte des appels interjetés sous le régime de la LSDA, la nomination d'un *amicus curiae* concorde avec l'objet législatif de cette loi. La nomination d'un *amicus curiae*, auquel on confie un mandat vigoureux, assure un certain degré d'équité procédurale à l'appelant lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, quand il risque d'être porté atteinte à ses droits et libertés. Cette mesure assure toutefois le respect de la nature confidentielle de renseignements et d'éléments de preuve qui, s'ils étaient divulgués, porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[192] Cette intention de mettre en équilibre les droits et libertés individuels et les intérêts du Canada en matière de sécurité nationale ainsi que la protection des Canadiens

an *amicus curiae* is also clearly expressed in legislative debates pertaining to the SATA.

[193] Notably, this is illustrated in the following exchange between Senator Marilou McPhedran, the Honourable Ralph Goodale (then Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), Doug Breithaupt (Director and General Counsel, Criminal Law Policy Section), and Malcolm Brown (then Deputy Minister of Public Safety) on April 10, 2019, before the Senate Standing Committee on National Security and Defence:

**Senator McPhedran:** Minister, thank you for the courtesy of agreeing to stay a bit longer to answer the question.

My question goes to Part 6 of this bill and to the balancing of security and rights. As we know, we have recourse provisions in the Secure Air Travel Act, a reference in Part 6, and the restrictions to the information that an applicant may be able to receive on the reasons for their listing on the no-fly list. As some of that information can be deemed sensitive and secret, that's absolutely acceptable. Section 16 of the Secure Air Travel Act requires that the presiding judge hear information or evidence without the individual present, with the summary provided to the individual, excluding information that was deemed injurious to national safety or might endanger the safety of any person if disclosed.

Minister, given that we already have a system in the Immigration and Refugee Protection Act that allows for a mediated approach with security-cleared lawyers accessing secret information as special advocates that work in the security certificate regime, why not bring a proven system over to the Secure Air Travel Act as covered in this bill?

**Mr. Goodale:** Senator McPhedran, I will double-check this to make sure that I'm correct. It's my understanding that if a judge in those circumstances feels that the help of some kind of *amicus* would be appropriate, the judge can require that. I believe that is in existing law.

grâce à la possibilité de nommer un *amicus curiae* a aussi été clairement exprimée dans des débats législatifs portant sur la LSDA.

[193] C'est ce qu'illustre notamment l'échange suivant entre la sénatrice Marilou McPhedran, l'honorable Ralph Goodale (alors ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), Doug Breithaupt (directeur et avocat général, Section de la politique en matière de droit pénal) et Malcolm Brown (à l'époque sous-ministre de la Sécurité publique) le 10 avril 2019 devant le Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense :

**La sénatrice McPhedran :** Je vous remercie, monsieur le ministre, de bien vouloir rester un peu plus longtemps pour répondre aux questions.

Ma question porte sur la partie 6 du projet de loi et sur l'équilibre entre la sécurité et les droits. Comme nous le savons, nous avons des dispositions de recours dans la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, un renvoi à la partie 6, et des restrictions quant aux renseignements qu'un demandeur peut être en mesure de recevoir sur les raisons de son inscription sur la liste d'interdiction de vol. Comme une partie de ces renseignements peuvent être considérés de nature sensible et secrète, c'est tout à fait acceptable. L'article 16 de la Loi sur la sûreté des déplacements aériens exige que le juge président l'audience entende des renseignements ou des éléments de preuve en l'absence de l'intéressé, le résumé étant fourni à l'intéressé, à l'exclusion des renseignements ayant été jugés préjudiciables à la sécurité nationale ou qui pourraient compromettre la sécurité de quelque personne que ce soit s'ils étaient communiqués.

Monsieur le ministre, étant donné que nous avons déjà un système dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés qui permet une approche par médiation avec des avocats ayant une autorisation de sécurité qui ont accès aux renseignements secrets à titre d'avocats spéciaux travaillant sous le régime des certificats de sécurité, pourquoi ne pas utiliser un système ayant fait ses preuves dans la Loi sur la sûreté des déplacements aériens, comme couvert dans le projet de loi?

**M. Goodale :** Sénatrice McPhedran, je vais vérifier, pour être sûr de ne pas me tromper. Si j'ai bien compris, dans ces circonstances, un juge peut demander l'aide d'un ami de la cour au besoin. Je crois que cela est déjà prévu dans la loi.

It would really fall to the presiding justice to determine whether or not the assistance of a special advocate or some other friend of the court would be necessary in order to ensure that the proceeding was, in fact, fair to those who are before the judge.

**Senator McPhedran:** That's a huge area of discretion. If the existing security certificate with the special advocates was in place, then individuals that are being reviewed and monitored would consistently receive representation as opposed to the potential for inconsistent application in this area of discretion for the judge.

**Mr. Goodale:** I hear your point, but I would make the counterpoint that in courts of law all across the country, judges are called upon to make judgment calls of that nature almost every day.

**Senator McPhedran:** But not with so much secrecy.

**Mr. Goodale:** Do you want to comment on this, Mr. Breithaupt?

**Mr. Breithaupt:** Just to confirm that the Federal Court has the ability to appoint an amicus curiae or friend of the court to assist in such proceedings if the Federal Court judge considered that such an appointment is warranted. That's the kind of decisions that they make.

**Senator McPhedran:** My concern is with the "if." That's what I'm highlighting here.

**Mr. Goodale:** I hear your point, senator.

**Mr. Brown:** I would add the role of special advocates in the security certificate process is really very unique to a very rarely used process. The more traditional process to address the concerns you raise is the amicus. I think the legal view is — and I'm turning to Doug on this as well — that there are well-established precedent in terms of using amicus to protect the very interest you're concerned about, without having to go to the much more elaborate and complicated process of the special advocates which are linked to the security certificates.

Canada. Parliament. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Security and Defence*, 42nd Parl., 1st Sess., Issue No. 40 (10 April 2019).

Il reviendrait au juge président du tribunal de déterminer si l'aide d'un avocat spécial ou autre ami de la cour serait nécessaire pour veiller à ce que tout se déroule de façon juste pour ceux qui se retrouvent devant le juge.

**La sénatrice McPhedran :** C'est un énorme exercice du pouvoir discrétionnaire. Si le certificat de sécurité existant avec les avocats spéciaux était en place, les personnes faisant l'objet d'un examen et d'une surveillance seraient systématiquement représentées plutôt que d'être soumises à la possibilité d'une application incohérente dans ce domaine du pouvoir discrétionnaire du juge.

**M. Goodale :** Je comprends ce que vous dites, mais je vais contre-argumenter en disant que, dans les tribunaux de tout le pays, les juges sont appelés à rendre des jugements de cette nature presque tous les jours.

**La sénatrice McPhedran :** Mais les jugements ne sont pas entourés d'autant de secrets.

**M. Goodale :** Avez-vous quelque chose à ajouter, monsieur Breithaupt?

**M. Breithaupt :** J'aimerais simplement confirmer que la Cour fédérale a le pouvoir de nommer un amicus curiae ou un ami de la cour pour l'assister dans de telles procédures si le juge de la Cour fédérale estime qu'une telle nomination est justifiée. C'est le genre de décisions qu'ils prennent.

**La sénatrice McPhedran :** C'est le mot « si » qui m'inquiète. C'est ce que je tenais à souligner.

**M. Goodale :** Je comprends ce que vous dites, madame la sénatrice.

**M. Brown :** J'ajouterais que les avocats spéciaux dans le processus des certificats de sécurité ont un rôle très unique à jouer dans un processus très rarement utilisé. Le processus le plus traditionnel pour répondre aux préoccupations que vous soulevez est l'amicus. Je pense que les juristes sont d'avis — et je m'adresse également à Doug à ce sujet — qu'il existe un précédent bien établi en ce qui concerne le recours à l'amicus pour protéger l'intérêt même qui vous préoccupe, et ce, sans avoir à recourir au processus beaucoup plus élaboré et compliqué des avocats spéciaux qui sont liés aux certificats de sécurité.

Canada. Parlement. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent de la sécurité nationale et de la défense*, 42<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., fascicule n° 40 (10 avril 2019).

[194] Therefore, it can be said that the legislative intent of Parliament does not only permit a designated judge to appoint an *amicus curiae* during the appeal process under the SATA, but the legislative debates are demonstrative of a clear intent on Parliament's part to rely on the discretion of a designated judge to appoint an *amicus curiae* to ensure the overarching legislative object of balancing national security and the safety of Canadians with individual rights and freedoms. In other words, it appears that Parliament's intent was to set out a broad appeal procedure in the SATA to permit designated judges the discretion to ensure that procedural fairness is afforded to the appellant, and to decide whether this requires the appointment of an *amicus curiae* with a mandate that is responsive to the circumstances.

(ii) Role of the *Amici Curiae*

[195] Consistent with the general jurisprudence regarding the role of an *amicus curiae*, the *amici curiae*'s role in these appeals under the SATA is to assist the Court in fulfilling its duties: the review of the reasonableness of the Minister's decision in a manner that ensures the appellants are afforded a fair judicial process within the limits on disclosure and participation that have been imposed by the SATA in the interest of national security. Given these limits on full disclosure and full participation and the alleged Charter rights at play, my role as a designated judge requires me to assign the *amici curiae* a robust mandate in order to ensure the fairest judicial process possible within my statutory and inherent powers.

[196] The role assigned to the *amici curiae* in my order dated October 7, 2019, can be summarized as representing the interests of the appellants before the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, where the participation of the appellants and their counsel is prohibited by the SATA. This role is essential in assisting the Court in fulfilling its duty to ensure a fair judicial process that provides a substantial substitute to

[194] On peut donc dire, d'une part, que l'intention du législateur permet à au juge désigné de nommer un *amicus curiae* lors du processus d'appel tenu dans le cadre de la LSDA, mais, d'autre part, qu'il ressort des débats législatifs une intention claire du législateur de se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné pour nommer un *amicus curiae* de façon à atteindre l'objectif législatif prépondérant qui consiste à mettre en équilibre la sécurité nationale et la sécurité des Canadiens avec les droits et libertés individuels. Autrement dit, il semble que l'intention du législateur était de créer dans la LSDA une vaste procédure d'appel offrant aux juges désignés le pouvoir discrétionnaire de s'assurer que l'appelant jouit du droit à l'équité procédurale ainsi que de décider si cette mesure oblige à nommer un *amicus curiae* investi d'un mandat qui soit adapté aux circonstances.

(ii) Le rôle des *amici curiae*

[195] Conformément à la jurisprudence générale concernant le rôle des *amicus curiae*, dans les présents appels, qui sont interjetés sous le régime de la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations : examiner le caractère raisonnable de la décision du ministre d'une manière qui garantit que l'on procure aux appelants un processus judiciaire équitable, et ce, dans les limites qu'impose la LSDA au processus de divulgation et de participation dans l'intérêt de la sécurité nationale. Compte tenu de ces limites à une divulgation et une participation pleines et entières ainsi que des droits garantis par la Charte qui seraient en jeu, mon rôle en tant que juge désigné m'oblige à attribuer un mandat vigoureux aux *amici curiae* afin de garantir que le processus judiciaire est le plus équitable possible dans les limites des pouvoirs inhérents et législatifs qui me sont conférés.

[196] Le rôle attribué aux *amici curiae* dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019 peut être résumé comme suit : ils représentent les intérêts des appelants devant la Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, auxquels la LSDA interdit aux appelants et à leurs avocats de participer. Ce rôle est essentiel pour aider la Cour à s'acquitter de son obligation d'assurer un processus judiciaire équitable qui offre une solution de



the appellants' right to know and meet the case against them and its duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decisions to keep the appellants on the SATA list, based on the facts and the law. Therefore, in accordance with the two principal duties of the designated judge, the *amici curiae*'s roles in representing the interests of the appellants before the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal can be understood in a similar way. This is evidenced in the following passages of the order appointing the *amici curiae*:

**AND UPON** noting the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [Charter]; noting that the Appellants' right to know and meet the case, including the right to make adequate representation in the closed hearing, are principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the *Charter*; and noting that there must be an adequate substantial substitute for the persons concerned in the secret proceedings: *Charkaoui v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9 at para 27; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Harkat*, 2014 SCC 37 at para 43;

**AND UPON** noting that the appointment of *amici* in such a situation will assist the Court in forming its opinion during the hearing of information or other evidence presented by the Respondent in the absence of the Appellants and the public and in determining whether its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

[197] This was noted in the order with the understanding that these appeals were, in practice, the appellants' first opportunity to be heard, which is an integral part to the *audi alteram partem* rule (*Telecommunications Workers Union*, at paragraph 29).

[198] First, in accordance with the *amici curiae*'s role to help the Court in ensuring a fair judicial process, notably one that attempts to give the most effect possible to the appellants' right to know and meet the case against them within the limits of the SATA, the *amici curiae* are

rechange remplaçant pour l'essentiel le droit qu'ont les appellants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, de même que de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable des décisions qu'a prises le ministre de maintenir les noms des appellants sur la liste de la LSDA, en tenant compte des faits et du droit. En conséquence, conformément aux deux obligations principales du juge désigné, les rôles que jouent les *amici curiae* en représentant les intérêts des appellants devant la Cour pendant les volets « *ex parte* » et à huis clos de l'appel peuvent être compris d'une manière semblable, et c'est ce qui ressort dans les passages suivants, extraits de l'ordonnance nommant les *amici curiae* :

**ET APRÈS** avoir pris acte des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [la Charte], avoir reconnu que le droit des appelants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, y compris celui de bénéficier d'une représentation adéquate lors de l'audience à huis clos, sont des principes de justice fondamentale visés à l'article 7 de la Charte, et avoir reconnu qu'il doit y avoir une solution de rechange qui remplace pour l'essentiel les intéressés dans le cadre de l'instance secrète : *Charkaoui c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CSC 9 au para 27; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Harkat*, 2014 CSC 37 au para 43;

**ET APRÈS** avoir reconnu que, dans une telle situation, la nomination d'*amici* aidera la Cour à se faire une opinion lors de l'audition des renseignements ou des autres éléments de preuve que l'intimé présentera en l'absence des appelants et du public, ainsi qu'à déterminer si leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[197] La Cour a noté ces éléments dans l'ordonnance en tenant pour acquis que les présents appels étaient, en pratique, la première possibilité qu'avaient les appelants d'être entendus, à savoir une composante fondamentale de la règle *audi alteram partem* (arrêt *Telecommunications Workers Union*, au paragraphe 29).

[198] Premièrement, conformément au rôle qu'ils jouent en aidant la Cour à assurer un processus judiciaire équitable, notamment un rôle qui vise à donner le plus d'effet possible au droit des appelants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y

tasked with representing the interests of the appellants with regard to issues of disclosure of information or evidence under the SATA.

[199] Paragraph 16(6)(b) of the SATA requires that the designated judge ensure the confidentiality of information or other evidence that, in their opinion, “would” be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. In deciding whether all or part of the information or other evidence originally redacted by the respondent fits the criteria at paragraph 16(6)(b) or whether it must be disclosed to the appellants, paragraph 16(6)(a) of the SATA requires that, on request of the Minister, all information or other evidence that “could” be injurious to national security or endanger the safety of any person must be heard *ex parte* and *in camera*. This essentially puts the judge in a position where they are forced to decide on the merits of the respondent’s confidentiality claims without the benefit of hearing from the appellants as to why this information should be disclosed. Once the merits of the confidentiality claims are decided, and the confidential information or other evidence is identified, the designated judge faces a similar dilemma as they are tasked with ensuring that the appellants are provided with a summary of the confidential information or other evidence without having the benefit of the appellants’ perspective.

[200] Despite the assumption of an active and interventionist role by the designated judge, the *ex parte* and *in camera* advantage afforded to the respondent places the designated judge in a position where they are exposed to potential systematic overclaiming of confidentiality identified by the Supreme Court of Canada in *Harkat (2014)*, at paragraph 63, given that the interests of the appellants are not heard during this portion of the appeal. The appointment of the *amici curiae* attempts to address this vulnerability, as their role is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the disclosure portion of the appeal, thereby allowing the designated judge to fully scrutinize the merits of the confidentiality claims made by the respondent. Should the designated judge ultimately decide that certain

répondre dans les limites de la LSDA, les *amici curiae* ont pour tâche de représenter les intérêts des appelants à l’égard des questions de divulgation de renseignements ou d’éléments de preuve sous le régime de la LSDA.

[199] L’alinéa 16(6)b de la LSDA exige que le juge désigné garantisse la confidentialité des renseignements ou d’autres éléments de preuve qui, à son avis, « porterai[en]t » atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui s’ils étaient divulgués. Pour décider si la totalité ou une partie des renseignements ou des autres éléments de preuve que l’intimé a initialement caviardés correspondent au critère énoncé à l’alinéa 16(6)b ou s’ils doivent être divulgués aux appelants, l’alinéa 16(6)a de la LSDA exige que, à la demande du ministre, la totalité des renseignements ou des autres éléments de preuve qui « pourrai[en]t » porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui soient entendus *ex parte* et à huis clos. Cela oblige essentiellement le juge à se prononcer sur le bien-fondé des allégations de confidentialité de l’intimé sans pouvoir entendre les appelants dire pourquoi ces renseignements devraient être divulgués. Après s’être prononcé sur le bien-fondé des allégations de confidentialité, et avoir identifié les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels, le juge désigné est confronté à un dilemme semblable, car il lui incombe de veiller à ce que l’on fournisse aux appelants un résumé des renseignements ou des autres éléments de preuve confidentiels sans avoir l’avantage de connaître le point de vue des appelants.

[200] Malgré la présomption d’un rôle actif et interventionniste de la part du juge désigné, l’avantage d’une audience *ex parte* et à huis clos qui est accordé à l’intimé place le juge désigné dans une situation où il s’expose à l’éventuelle exagération systématique des allégations de confidentialité dont a fait état la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 63, étant donné que les intérêts des appelants ne sont pas entendus lors de cette partie de l’appel. La nomination des *amici curiae* tente de corriger cette vulnérabilité, car leur rôle consiste à aider la Cour en représentant les intérêts des appelants pendant la partie « divulgation » de l’appel, ce qui permet ainsi au juge désigné d’examiner en détail le bien-fondé des allégations de confidentialité de l’intimé. Si le juge désigné décide en fin de compte

information must remain confidential pursuant to paragraph 16(6)(b), the role of the *amici curiae* is to then help the designated judge summarize this information in a manner that provides the appellants with as much information as possible within the confidentiality limits of the SATA.

[201] In assuming this role with regard to disclosure, the *amici curiae* may provide an opposite perspective than that of the respondent to ensure that the principle of full disclosure is given as much effect as possible in the circumstances in order to provide the appellants with the maximum amount of information possible to know and meet the case against them (*Harkat (2014)*, paragraphs 51–63 and 110). For the benefit of the Court, this requires the *amici curiae* to be given a robust mandate to counter the respondent's *ex parte* and *in camera* advantage; the powers this entails will be discussed in the following section.

[202] Second, should the circumstances require that some information or other evidence remain confidential pursuant to the limits of the SATA, the role of the *amici curiae* is to represent the interests of the appellants with regard to the impact of this information or other evidence on the reasonableness of the Minister's decision to keep the appellants on the SATA list. The purpose of this role is to help the designated judge make their decision based on the facts and the law and to help the judge ensure that the appellants are provided a substantial substitute to full disclosure and full participation given the confidentiality limits imposed by the SATA. This role is equally pertinent when the respondent decides to file additional confidential information or to withdraw certain confidential information that was before the Minister. The *amici curiae* are called upon to assume a substantial role.

[203] As the appellants will be able to make their case as to why the Minister's decision was unreasonable based on the information and evidence disclosed to them, and the summaries provided concerning the

que certains renseignements doivent rester confidentiels conformément à l'alinéa 16(6)b), le rôle des *amici curiae* consiste dans ce cas à aider le juge désigné à résumer ces renseignements d'une manière qui fournit aux appelants le plus de renseignements possible dans les limites fixées par la LSDA en ce qui a trait à la confidentialité.

[201] En jouant ce rôle à l'égard de la divulgation, les *amici curiae* peuvent offrir un point de vue contraire à celui de l'intimé pour faire en sorte que l'on donne le plus d'effet possible dans les circonstances au principe de la divulgation pleine et entière, de façon à fournir aux appelants le maximum de renseignements possible pour qu'ils puissent connaître la preuve qui pèse contre eux et avoir la possibilité d'y répondre (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 51 à 63 et 110). Cela exige que l'on confie aux *amici curiae*, et ce, au bénéfice de la Cour, un mandat vigoureux pour contrer l'avantage que procure à l'intimé une audience *ex parte* et à huis clos; il sera question à la section suivante des pouvoirs que cela implique.

[202] Deuxièmement, si les circonstances viennent à exiger que certains renseignements ou autres éléments de preuve demeurent confidentiels conformément aux limites qu'impose la LSDA, le rôle des *amici curiae* consiste à représenter les intérêts des appelants quant à l'effet qu'ont ces renseignements ou ces autres éléments de preuve sur le caractère raisonnable de la décision du ministre de maintenir le nom des appelants sur la liste de la LSDA. Ce rôle a pour objet d'aider le juge désigné à rendre sa décision en se fondant sur les faits et le droit, ainsi qu'à l'aider à veiller à ce que l'on procure aux appelants une solution de rechange qui remplace pour l'essentiel la divulgation et la participation pleines et entières, et ce, dans le respect des limites de confidentialité fixées par la LSDA en ce qui a trait à la confidentialité. Ce rôle est également pertinent dans les cas où l'intimé décide de produire d'autres renseignements confidentiels ou de retirer certains renseignements confidentiels qui ont été présentés au ministre. Les *amici curiae* sont appelés à jouer un rôle important.

[203] Comme les appelants seront en mesure de faire valoir pourquoi la décision du ministre est déraisonnable en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve que leur ont été divulgués ainsi que sur les

confidential information, their argument is limited given their inability to make full submissions that account for the confidential information and the respondent's submissions during the *ex parte* and *in camera* hearings on the merits of the Minister's decision. The role of the *amici curiae* is to understand the appellants' position and to represent their interests to the Court with regard to this confidential information and evidence in order to avoid a gap in the appeal where the interests of the appellants are not being presented to the Court. In other words, the *amici curiae* are tasked with arguing the unreasonableness of the Minister's decision under appeal, in a manner that is complementary to the appellants' position on the public evidence, based on the confidential information and evidence, during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal. This is essential in permitting the designated judge to ground their decision on the facts and the law.

[204] Overall, the roles assigned to the *amici curiae*, and the powers assigned to them below, do go beyond the roles assigned to the *amici curiae* in *Telbani* and share many similarities with the role of a special advocate. This is due to the difference in circumstances and notably the absence of a considerable discretionary power to disclose information or other evidence if, in the judge's opinion, the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. See subsection 38.06(2) of the *Canada Evidence Act* as well as the discussion on this discretionary power as a less intrusive alternative in *Charkaoui I*, at paragraph 77. This more interventionist role in light of the difference in circumstances is consistent with paragraph 31 of *Telbani*:

That said, the role of the *amicus* in such a proceeding may be modulated by the judge who appoints him or her to take into account the unique nature of an application under section 38 of the *CEA*. The very nature of the information to which the *amicus* will have access, the seriousness of the issues raised by the balancing of national security and the fairness of the proceedings, and the

résumés fournis au sujet des renseignements confidentiels, leur argumentation est restreinte parce qu'il leur est impossible de présenter des observations complètes qui tiennent compte des renseignements confidentiels et des observations faites par l'intimé lors des audiences *ex parte* et à huis clos au sujet du fond de la décision du ministre. Le rôle des *amici curiae* consiste à prendre connaissance de la position des appelants et à représenter leurs intérêts devant la Cour, relativement à ces renseignements et ces éléments de preuve confidentiels, afin d'éviter qu'il survienne dans l'appel une faille où les intérêts des appelants ne sont pas présentés à la Cour. Autrement dit, les *amici curiae* ont pour tâche de plaider le caractère déraisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel, et ce, d'une manière qui complète la position des appelants au sujet des éléments de preuve publics, en se fondant sur les renseignements et les éléments de preuve confidentiels, pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l'appel. Ce rôle est essentiel pour permettre au juge désigné de fonder sa décision sur les faits et le droit applicables.

[204] Dans l'ensemble, les rôles attribués aux *amici curiae*, ainsi que les pouvoirs qui leur sont attribués ci-après, vont au-delà des rôles attribués aux *amici curiae* dans l'affaire *Telbani*, et ils comportent de nombreuses similitudes avec le rôle d'un avocat spécial. Cela est dû aux situations différentes et notamment à l'absence d'un pouvoir discrétionnaire considérable permettant au juge d'autoriser la divulgation des renseignements ou d'autres éléments de preuve s'il estime que l'intérêt public à l'égard de la divulgation l'emporte sur l'intérêt public à l'égard de la non-divulgation. Voir le paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* ainsi que l'analyse relative à ce pouvoir discrétionnaire, conçu comme une solution moins attentatoire, dans l'arrêt *Charkaoui I*, au paragraphe 77. Ce rôle plus interventionniste, compte tenu de la différence de situations, est compatible avec le paragraphe 31 de la décision *Telbani* :

Ceci dit, le rôle de l'*amicus* dans une telle procédure pourra être modulé par le juge qui le nomme pour tenir compte du caractère très particulier d'une demande présentée sous l'autorité de l'article 38 de la *LPC*. La nature même des renseignements auxquels l'*amicus* aura accès, la gravité des enjeux que soulève l'équilibrage de la sécurité nationale et l'équité des procédures, et le degré de

degree of transparency with which the Attorney General as well as the witnesses called in support of the application discharge their duties, are factors that may lead an *amicus* to play a more or less interventionist role depending on the circumstances.

[205] This discretion afforded to the designated judge is once again confirmed by Justice de Montigny in *Huang*, at paragraph 36, this time in his position at the Federal Court of Appeal, where it is noted that “it is for the court appointing an *amicus* to determine precisely the role and attributions it intends to confer on the *amicus*.”

[206] In other words, *Telbani* and *Huang* teach us that an *amicus curiae* is not analogous to a special advocate but can fulfill a similar function as a substantial substitute if an appointing judge deems that the circumstances require an *amicus curiae* with a robust interventionist mandate to represent the interests of an excluded party and to play a role opposite to the respondent in *ex parte* and *in camera* proceedings.

[207] In addition to the comments made, it must be noted that an application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act* only deals with disclosure issues while the designated judge in *SATA* appeals must also determine the reasonableness of the decision under appeal. This difference also accounts for any differences in the *amici curiae*'s mandates.

[208] Moreover, there are many cases where designated judges have found that the circumstances merited the appointment of an *amicus curiae* with a robust role to represent the interests of an excluded party. For instance, keeping in mind the comments above regarding the ability to appoint an *amicus curiae* to act “on behalf” of a party, it is nevertheless worth noting Justice Mosley's statements at paragraphs 31–32 in *Khadr*:

transparence avec lequel le Procureur général ainsi que les témoins appelés au soutien de la demande s'acquittent de leur fonction, sont autant de facteurs qui pourront amener un *amicus* à jouer un rôle plus ou moins interventionniste selon les circonstances.

[205] Ce pouvoir discrétionnaire qui est conféré au juge désigné est une fois de plus confirmé par le juge de Montigny dans l'arrêt *Huang*, au paragraphe 36, cette fois-ci en qualité de juge à la Cour d'appel fédérale, où il signale que « c'est à la cour qui nomme un *amicus* de déterminer précisément le rôle et les attributions qu'elle entend lui conférer ».

[206] Autrement dit, la décision *Telbani* et l'arrêt *Huang* nous enseignent qu'un *amicus curiae* n'est pas l'équivalent d'un avocat spécial, mais qu'il peut remplir une fonction semblable comme solution de rechange qui remplace pour l'essentiel les droits niés si le juge qui le désigne considère que les circonstances requièrent la présence d'un *amicus curiae* investi d'un mandat interventionniste vigoureux pour représenter les intérêts d'une partie exclue et pour jouer un rôle opposé à celui de l'intimé dans une instance *ex parte* et à huis clos.

[207] Outre les commentaires qui précèdent, il convient de signaler qu'une demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* ne porte que sur des questions de communication, tandis que dans un appel fondé sur la LSDA, le juge désigné doit également déterminer le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Cette différence explique aussi les différences qu'il peut y avoir dans les mandats des *amici curiae*.

[208] Par ailleurs, nombreuses sont les affaires dans lesquelles les juges désignés ont décidé que les circonstances justifiaient la nomination d'un *amicus curiae* chargé d'un rôle vigoureux pour représenter les intérêts d'une partie exclue. Par exemple, tout en gardant à l'esprit les commentaires faits plus tôt au sujet de la capacité de nommer un *amicus curiae* pour qu'il agisse « pour le compte » d'une partie, j'estime qu'il est néanmoins utile de rappeler les déclarations du juge Mosley aux paragraphes 31 et 32 de la décision *Khadr* :



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

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

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

[209] Indeed, given the important Charter rights at play in the underlying criminal proceedings, the Court in *Khadr* found it necessary to appoint an *amicus curiae* with a robust role and interventionist powers.

[210] Moreover, in *Section 18.1 CSIS Act (Re)*, in the context of a privilege claim under section 18.1 of the

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

[TRADUCTION] Je n’adopterai pas une approche trop technique à la question. Il est certain que l’*amicus curiae* nommé par la cour n’entretient aucune relation avocat-client avec l’accusé et peut être décrit comme étant un conseiller de la cour. Toutefois, le rôle de l’*amicus curiae* n’est pas défini d’une manière rigoureuse et il continue d’évoluer. L’un des rôles de l’*amicus curiae* a été reconnu comme étant celui d’assistant de la cour lorsque « toutes les questions en litige n’ont pas été soumises (par exemple, lorsque lorsqu’un aspect de l’argument n’a pas été présenté à la Cour) » [...] Selon moi, un *amicus curiae* peut être nommé par la Commission et se voir confi[er] le rôle qui consiste à soumettre les questions en litige favorisant l’accusé qui autrement ne seraient peut-être pas soulevées. Je suis convaincu qu’un *amicus curiae* qui se voit confier ce rôle peut être considéré comme « agissant pour l’accusé ». [Jurisprudence citée omise]

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

[209] En fait, compte tenu des importants droits garantis par la Charte qui étaient en jeu dans l’instance criminelle sous-jacente dans l’affaire *Khadr*, la Cour a jugé nécessaire de nommer un *amicus curiae* investi d’un rôle vigoureux et de pouvoirs interventionnistes.

[210] Par ailleurs, dans l’arrêt *Article 18.1 de la Loi sur le SCRS (Re)*, dans le contexte d’une revendication de

CSIS Act, Boivin J.A. of the Federal Court of Appeal found [at paragraph 44] that:

The appropriate course of action in such a case is, in my view, to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims.

[211] In describing the appropriate role and powers a designated judge must assign an *amicus curiae* in this context, the Federal Court of Appeal laid out a mandate that is very similar to the special advocate's. Indeed, the Federal Court of Appeal stated that an *amicus curiae* is necessary to present "a different perspective than that of the government" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 53) during *ex parte* and *in camera* proceedings, to test the privilege claims of the government, and to keep "the designated judge in a more adjudicative role, rather than inquisitorial role" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 57). The Federal Court of Appeal reasoned that assigning such a role would, as much as possible, help give effect to the "underlying party's right to full and fair disclosure" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 54) and stated that it helps designated judges fulfill their role as "'gatekeeper[s]'" (*Section 18.1 CSIS Act (Re)*, at paragraph 47).

[212] Similarly, this Court also appointed an *amicus curiae* and assigned a more interventionist adversarial role in line with that of a special advocate in *CSIS Act (Re) (2008)*, at paragraph 3; the Honourable Ron Atkey was tasked with presenting "the opposite point of view presented by the CSIS to support the application for warrants."

[213] That being said, although it is clear that the overall roles assigned to the *amici curiae* in my order dated October 7, 2019, are more interventionist and have many similarities to the role of a special advocate under the IRPA, notably due to the many similarities between both legislative schemes, as analyzed above, the inherent limits of the *amicus curiae*'s role, as stated in *Telbani*, at

privilege présentée en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, le juge Boivin, de la Cour d'appel fédérale, a conclu ce qui suit [au paragraphe 44]:

À mon avis, la meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1.

[211] En décrivant le rôle et les pouvoirs qu'un juge désigné doit attribuer à un *amicus curiae* dans ce contexte, la Cour d'appel fédérale a dépeint un mandat qui est fort semblable à celui de l'avocat spécial. En fait, elle a déclaré qu'un *amicus curiae* est nécessaire pour « profiter d'un point de vue différent de celui du gouvernement. » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 53) lors d'une instance *ex parte* et à huis clos, pour vérifier les revendications de privilège du gouvernement ainsi que pour « permet[tre] ainsi [au juge désigné] d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 57). La Cour d'appel fédérale a jugé que le fait d'attribuer un tel rôle aiderait, dans toute la mesure du possible, à donner effet au « droit de la partie à la procédure principale à une divulgation complète et juste » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 54) et que cela aide les juges désignés à s'acquitter de leur rôle de « "gardien[s]" » (arrêt *Article 18.1 de la LSCRS (Re)*, au paragraphe 47).

[212] De façon similaire, notre Cour a également nommé un *amicus curiae* et lui a attribué un rôle plus interventionniste dans un cadre procédural contradictoire qui correspond à celui d'un avocat spécial dans la décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2008)*, au paragraphe 3; l'honorable Ron Atkey a été chargé de présenter « le point de vue opposé à celui présenté par le SCRS à l'appui de la demande de mandats ».

[213] Cela dit, bien qu'il soit clair que les rôles généraux qui ont été attribués aux *amici curiae* dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019 sont plus interventionnistes et comportent de nombreuses similitudes avec celui d'un avocat spécial nommé sous le régime de la LIPR, notamment à cause des nombreuses similitudes entre les deux régimes législatifs comme nous l'avons

paragraphs 27–32 and *Huang*, at paragraphs 35–37, still apply. The role of the *amici curiae* assigned in the order dated October 7, 2019, must not be read as analogous to a special advocate—the *amici curiae* remain friends of the Court and have no solicitor-client relationship privilege with the appellants, except for the extension of the appellants’ solicitor-client privilege with their counsel to communications between the *amici curiae* and the appellants and their counsel to foster meaningful and open communication. As such, I must reject the interpretation of the role of the *amici curiae* presented by Mr. Dulai’s counsel as one that tasks the *amici curiae* with protecting the interests of the appellants and assuming the functions of the appellants’ counsel during the *ex parte* and *in camera* proceedings. In the circumstances, the distance separating the friend of the court and the special advocate is not nearly as wide as in other circumstances; however, there is a line and it is important that it be defined.

[214] The gap between representing the interests of an individual and protecting the interests of an individual, the latter being the role assigned to special advocates by subsection 85.1(1) of the IRPA, may account for several nuances. For instance, as *amici curiae* are appointed to assist the Court, there may be circumstances where their mandates to represent the interests of a party excluded from the proceedings and their duties of loyalty to the Court conflict; for example, a situation where raising a certain point of law would greatly assist the Court in fulfilling its duties but would not necessarily be favourable to the party whose interests are being represented by the *amicus curiae*. This is contemplated in *Telbani*, at paragraph 29. In sum, although representing the interests of the appellants before this Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeal is the way in which the *amici curiae* assist the designated judge in fulfilling their duties to ensure a fair judicial process in the circumstances and to decide the reasonableness of the Minister’s decision, the *amici curiae* must exercise this role in accordance with their inherent role of assisting the Court; their duty is always to the Court and not the appellants. This is not the case for counsel to

vu plus tôt, les limites inhérentes au rôle que joue l’*amicus curiae*, exposées dans la décision *Telbani*, aux paragraphes 27 à 32, et dans l’arrêt *Huang*, aux paragraphes 35 à 37, s’appliquent encore. Le rôle attribué aux *amici curiae* dans l’ordonnance datée du 7 octobre 2019 ne doit pas être considéré comme analogue à celui d’un avocat spécial — les *amici curiae* demeurent des amis de la cour et ils n’ont aucun privilège avocat-client avec les appelants, sauf pour ce qui est de l’extension du privilège avocat-client des appelants sur les communications entre les *amici curiae* et les appelants et leurs avocats de façon à favoriser une communication utile et ouverte. Cela étant, il me faut rejeter l’interprétation du rôle des *amici curiae* que présentent les avocats de M. Dulai, à savoir que les *amici curiae* ont pour tâche de protéger les intérêts des appelants et d’assumer les fonctions des avocats des appelants lors de l’instance *ex parte* et à huis clos. Dans les circonstances, la distance qui sépare l’ami de la cour et l’avocat spécial est loin d’être aussi large que dans d’autres circonstances; cependant, il y a une ligne de démarcation et il est important que celle-ci soit définie.

[214] La différence entre la représentation des intérêts d’une personne et la protection des intérêts d’une personne — ce dernier étant le rôle attribué aux avocats spéciaux par le paragraphe 85.1(1) de la LIPR — peut expliquer plusieurs nuances. Par exemple, comme les *amici curiae* sont nommés pour aider la Cour, il peut y avoir des situations dans lesquelles leur mandat de représentation des intérêts d’une partie exclue de l’instance et leurs obligations de loyauté envers la Cour entrent en conflit; ce serait le cas, par exemple, lorsque le fait de soulever un certain point de droit aiderait nettement la Cour à s’acquitter de ses fonctions mais ne serait pas forcément favorable à la partie dont l’*amicus curiae* représente les intérêts. C’est ce qui est envisagé dans la décision *Telbani*, au paragraphe 29. En résumé, même si en représentant les intérêts des appelants devant notre Cour pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » de l’appel les *amici curiae* aident le juge désigné à s’acquitter de ses obligations d’assurer un processus judiciaire équitable dans les circonstances et de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre, les *amici curiae* sont tenus d’exercer ce rôle en accord avec leur rôle inhérent, qui consiste à aider la Cour, et leur

the appellants or a special advocate, subject of course, to their duties as officers of the Court. Whether this inherent limit in the role of the *amici curiae* prevents the Court in providing the appellants with an adequate substantial substitute is a question that will be decided when the Court considers the alleged Charter rights violations by the appellants.

(iii) The Mandate of the *Amici Curiae*

[215] As stated above, the *amici curiae* must assume a robust interventionist mandate to represent the interests of the appellants in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals given the important limits on full disclosure and full participation imposed by the SATA and the alleged violations of Charter rights. This is required in order to assist the Court in fulfilling its duty to ensure a fair judicial process and its duty to review the reasonableness of the Minister's decision. As such, my order dated October 7, 2019, assigned the following powers to the *amici curiae*: (a) to meet and communicate with the appellants; (b) to access the confidential information or other evidence; (c) to assist in the preparation of summaries of information; (d) to make oral and written submissions and attend hearings; and (e) to examine the witnesses. I will proceed to specify the breadth of each of these powers, their limits, and why they are essential in assisting this Court in fulfilling its duties.

[216] As the order so specifies, it may be varied at the request of the parties or the *amici curiae*. At the time this order was issued, the Court had not read any of the information subject to the respondent's confidentiality claims in order to ensure it would not be influenced by these claims. Eight months have now passed. Therefore, with the participation of all parties and the *amici curiae*, there may be valid reasons to review this order. As we have seen above, an *amicus curiae*'s mandate is contextual. As things change throughout a proceeding, an *amicus curiae*'s mandate must be adapted as well, of course,

devoir est toujours envers la Cour et non envers les appelants. Cela n'est pas le cas des avocats des appelants ou d'un avocat spécial, sous réserve, bien sûr, de leurs obligations en tant qu'officiers de justice. La question de savoir si cette limite inhérente au rôle des *amici curiae* empêche la Cour de fournir aux appelants une solution de rechange adéquate qui remplace pour l'essentiel les droits niés est une question qui sera tranchée au moment où la Cour examinera les violations des droits garantis par la Charte alléguées par les appelants.

(iii) Le mandat des *amici curiae*

[215] Comme il a été mentionné plus tôt, les *amici curiae* doivent jouer un rôle interventionniste vigoureux afin de représenter les intérêts des appelants dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, compte tenu des limites importantes qu'impose la LSDA en ce qui a trait à la divulgation et à la participation pleines et entières ainsi que des allégations de violation de droits garantis par la Charte. Ce rôle est nécessaire pour aider la Cour à s'acquitter de son obligation d'assurer un processus judiciaire équitable et de contrôler le caractère raisonnable de la décision du ministre. Cela étant, dans mon ordonnance datée du 7 octobre 2019, j'ai attribué les pouvoirs suivants aux *amici curiae* : a) rencontrer les appelants et communiquer avec eux; b) consulter les renseignements ou d'autres éléments de preuve confidentiels; c) aider à préparer les résumés des renseignements; d) présenter des observations orales et écrites et assister aux audiences; e) interroger les témoins. Je vais maintenant préciser l'étendue de chacun de ces pouvoirs, leurs limites, et les raisons pour lesquelles ils sont essentiels pour aider la Cour à s'acquitter de ses obligations.

[216] Comme le précise l'ordonnance, celle-ci peut être modifiée à la demande des parties ou des *amici curiae*. À l'époque où l'ordonnance a été rendue, la Cour n'avait lu aucun des renseignements visés par les revendications de confidentialité de l'intimé afin d'être sûre de ne pas être influencée par ces dernières. Huit mois se sont maintenant écoulés. En conséquence, avec la participation de toutes les parties et des *amici curiae*, il peut y avoir de bonnes raisons de réviser cette ordonnance. Comme nous l'avons vu plus tôt, le mandat de l'*amicus curiae* est de nature contextuelle. Comme la situation change

always in a manner that limits any prejudice or injury to the parties.

a. Meet and Communicate with the Appellants

[217] In my order appointing the *amici curiae*, I ordered the following regarding the *amici curiae*'s power to meet and communicate with the appellants and/or their counsel:

3. In a timely manner, and until such time as the *amici* have had access to the confidential information and documents in this application, one of the *amici* (or two if deemed necessary) may meet or communicate with counsel for the Appellants for the purpose of understanding matters of interest to the Appellants in relation to the information and documents to be reviewed, including communicating with the Appellants themselves, in the presence of their counsel, if counsel for the Appellants and the *amici* believe it to be necessary and the Appellants agree;

4. The Appellants and their counsel may transmit to the *amici* a list of relevant questions or submissions the Appellants would like the *amici* to raise and submit to the Court during the portion of the proceeding of these appeals which will be held in the absence of the public and of the Appellants and their counsel;

...

6. Once the *amici* have accessed to the confidential information in this application, the *amici* shall not have any communication with the Appellants or their counsel without prior leave of the Court;

7. For clarity, paragraph 6 of this Order does not prohibit counsel for the Appellants from sending one-way communications to the *amici* at any time during the proceeding, the receipt of which the *amici* may acknowledge;

8. Any communication between the Appellants and their counsel, which is protected by solicitor/client or litigation privilege, will not lose that privilege if it is shared with the *amici*;

tout au long du déroulement d'une instance, il est bien sûr obligatoire d'adapter ce mandat, et ce, toujours d'une manière qui limite le risque de porter atteinte de quelque manière que ce soit aux parties.

a. Rencontrer les appelants et communiquer avec eux

[217] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, j'ai ordonné ce qui suit au sujet de leur pouvoir de rencontrer les appelants ou leurs avocats et de communiquer avec eux :

3. En temps opportun, et en attendant que les *amici curiae* aient eu accès aux renseignements et aux documents confidentiels dont il est question dans la présente demande, l'un des *amici* ou les deux s'ils l'estiment nécessaire peuvent se réunir ou communiquer avec les conseils des appelants dans le but de comprendre les sujets qui intéressent ces derniers, relativement aux renseignements et aux documents à examiner, ce qui inclut le fait de communiquer avec les appelants eux-mêmes, en présence de leurs conseils, si ces derniers et les *amici* croient qu'il est nécessaire de le faire et si les appelants en conviennent;

4. Les appelants et leurs conseils peuvent transmettre aux *amici* une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour pendant la partie de l'audition des présents appels qui se déroulera en leur absence ainsi qu'en l'absence de leurs conseils et du public;

[...]

6. Une fois qu'ils auront consulté les renseignements confidentiels dont il est question dans la présente demande, les *amici* ne pourront communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'après avoir obtenu au préalable l'autorisation de la Cour;

7. Par souci de clarté, le paragraphe 6 de la présente ordonnance n'interdit pas aux avocats des appelants de transmettre des communications unilatérales aux *amici* au cours de l'instance, et ces derniers peuvent accuser réception de ces communications;

8. Toutes les communications entre les appelants et leurs conseils, lesquelles sont protégées par le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige, ne perdront pas ce privilège si elles sont partagées avec les *amici*;



...

12. The Respondent will pay reasonable fees and disbursements, including travelling expenses of each amicus if required and the *amici* will do their utmost to ensure that they shall be reasonable;

[218] Ensuring that the *amici curiae* have the power to meaningfully communicate with the appellants and their counsel is essential to their role in representing the appellants' interests to the Court during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals (*Harkat (2014)*, at paragraph 70). It is also a key component in assisting the Court in its attempt to ensure the fairness of the judicial process. The *amici curiae* cannot assist the Court in representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals if they do not possess a thorough understanding of the appellants' concerns, positions, and interests. It is therefore essential that the Court sculpt a mandate that permits such a free-flowing exchange between the appellants, their counsel, and the *amici curiae*. As such, this is why preserving solicitor/client or litigation privilege in communications with the *amici curiae*, authorizing travel for in-person meetings, and ensuring sufficient time for in-depth communication are key elements in the *amici curiae*'s mandate; they provide the *amici curiae* with the tools to assume the robust and interventionist representation of the appellants' interests required to assist the Court in making a knowledgeable determination of the reasonableness of the Minister's decision via a fair judicial process. However, it is important to note that the assigned communication powers do not create or extend solicitor-client privilege to the *amici curiae*, they simply ensure that the *amici curiae* keep confidential any information obtained from the appellants and their counsel that is subject to the solicitor-client privilege between the appellants and their counsel—sharing their perspective with the *amici curiae* so that they may assist the Court must not put at risk the appellants' privilege.

[...]

12. L'intimé paiera les honoraires et débours raisonnables, y compris les frais de déplacement de chaque *amicus*, le cas échéant, et les *amici* feront tout leur possible pour faire en sorte que ces montants soient raisonnables;

[218] Faire en sorte que les *amici curiae* aient le pouvoir de communiquer valablement avec les appelants et leurs avocats est essentiel au rôle qui leur est confié de représenter les intérêts des appelants auprès de la Cour lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 70). Il s'agit également d'un élément clé qui aide la Cour à assurer l'équité du processus judiciaire. Les *amici curiae* ne peuvent pas aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels s'ils n'ont pas une connaissance détaillée des préoccupations, des positions et des intérêts des appelants. Il est donc essentiel que la Cour conçoive un mandat qui autorise les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* à s'échanger librement des informations. C'est la raison pour laquelle le fait de préserver le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige lors des communications avec les *amici curiae*, le fait d'autoriser des déplacements pour des réunions en personne et le fait de prévoir une période suffisante pour qu'il puisse y avoir des communications approfondies constituent des éléments clés du mandat des *amici curiae*; ces éléments procurent à ces derniers les outils nécessaires pour assurer la représentation vigoureuse et interventionniste des intérêts des appelants dont la Cour a besoin pour pouvoir déterminer de manière éclairée le caractère raisonnable de la décision du ministre dans le cadre d'un processus judiciaire équitable. Il est toutefois important de signaler que les pouvoirs de communication attribués ne créent pas ou n'étendent pas le privilège avocat-client en faveur des *amici curiae*; ces pouvoirs garantissent simplement que les *amici curiae* préservent la confidentialité des renseignements qu'ils obtiennent des appelants et de leurs avocats et qui sont assujettis au privilège avocat-client qui lie les appelants et leurs avocats — faire part de leur point de vue aux *amici curiae* afin que ceux-ci puissent aider la Cour ne doit pas compromettre le privilège des appelants.

[219] Still, as the SATA imposes limits on full disclosure and a duty on the designated judge to ensure the confidentiality of the information or other evidence that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed, certain limits must be imposed on the communication between the *amici curiae* and the appellants to minimize serious risk of disclosure. These limits are inevitable. As such, this order limits the *amici curiae*'s ability to communicate with the appellants and their counsel after they have been given access to the confidential information or evidence in these appeals (*Harkat (2014)*, at paragraphs 67–72).

[220] However, given the importance of meaningful communication between the appellants and the *amici curiae*, a designated judge must seek to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible. As such, this is why this order makes clear that these limits in no way restrict the appellants and their counsel from sending one-way communication to the *amici curiae* once the latter has been given access to the confidential information—this includes “a list of relevant questions or submissions the Appellants would like the amici to raise and submit to the Court” during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. This is key in keeping the *amici curiae* abreast of the appellants' interests as they evolve throughout the appeals and according to the summaries being issued.

[221] Moreover, in keeping with this attempt to secure the confidential information or other evidence in the least intrusive manner possible, preserving the designated judge's discretion to permit future two-way communication between the appellants and their counsel with the *amici curiae* following their access to the confidential information or other evidence is essential as is exercising this discretion in a cautious but liberal manner. Rigid limits on two-way communication must not be preferred over the exercise of thoughtful discretion, notably when one party is not provided with full disclosure and full participation. This is why this discretion is preserved in this order and why I have already authorized

[219] Toutefois, étant donné que le LSDA impose des limites à la divulgation complète et oblige le juge désigné à garantir la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, il est nécessaire d'imposer certaines limites aux communications entre les *amici curiae* et les appelants de façon à réduire le plus possible les risques de divulgation. Ces limites sont inévitables. Cela étant, l'ordonnance restreint la capacité qu'ont les *amici curiae* de communiquer avec les appelants et leurs avocats une fois qu'ils ont eu accès aux renseignements ou aux éléments de preuve confidentiels dans les présents appels (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 67 à 72).

[220] Cependant, vu l'importance de communications constructives entre les appelants et les *amici curiae*, le juge désigné doit chercher à sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive possible. Par conséquent, l'ordonnance indique clairement que ces limites n'empêchent nullement les appelants et leurs avocats d'envoyer des communications unilatérales aux *amici curiae* une fois que ces derniers ont eu accès aux renseignements confidentiels — cela inclut [TRADUCTION] « une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour » lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Cela est important pour tenir les *amici curiae* au courant des intérêts des appelants, qui évoluent tout au long des appels et en fonction des résumés fournis.

[221] Par ailleurs, dans le contexte de cette tentative de sécuriser les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels de la manière la moins intrusive qui soit, il est essentiel que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d'autoriser toute communication bilatérale entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* après que ces derniers ont eu accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels soit préservé et qu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire de manière prudente, mais libérale. Il est préférable d'exercer un pouvoir discrétionnaire judicieux plutôt que d'imposer de strictes limites aux communications bilatérales, notamment dans les cas où l'une des parties ne bénéficie

further two-way communication between the appellants and their counsel and the *amici curiae*, after the latter were given access to the confidential information and evidence, when the respondent lifted further redactions.

[222] Finally, the importance of these less intrusive means to protect confidential information or other evidence in communications between the appellants and their counsel and the *amici curiae* is supported by *Harkat (2014)*, at paragraphs 68–71 when discussing similar provisions in the IRPA:

The communications restrictions imposed on special advocates are significant, requiring judicial authorization for *any* communication regarding the proceedings between the special advocates and the named person or a third party, after the special advocates have received confidential materials. However, they do not render the scheme unconstitutional. I come to this conclusion for three reasons.

First, the restrictions on communications by the special advocates are not absolute. They can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge: s. 85.4(2), *IRPA*. While this process is less fluid and efficient than the unfettered communications that prevail between a lawyer and his client, it should be remembered that s. 7 of the *Charter* does not guarantee a perfect process. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties.

The broad discretion conferred by the *IRPA* scheme averts unfairness that might otherwise result from the communications restrictions. The designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The restrictions on communications are designed to avert *serious* risks of disclosure of information or evidence whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. While the *IRPA* scheme requires the judge to minimize risks of inadvertent disclosure of information, the judge must also give special advocates significant latitude. The special advocates are competent and security-cleared lawyers, who take their professional

pas d'une divulgation et d'une participation pleines et entières. C'est la raison pour laquelle ce pouvoir discrétionnaire est préservé dans l'ordonnance et j'ai déjà autorisé d'autres communications bilatérales entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae*, après que ces derniers ont eu accès aux renseignements et aux éléments de preuve confidentiels, quand l'intimé a enlevé le caviardage d'autres passages.

[222] Enfin, l'importance de ces moyens moins intrusifs de protéger les renseignements ou les autres éléments de preuve confidentiels lors des communications entre les appelants, leurs avocats et les *amici curiae* est étayée par l'arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 68 à 71, où sont analysées des dispositions semblables de la LIPR :

Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux sont certes importantes. Après que ces derniers ont reçu des renseignements confidentiels, *toute* communication relative aux procédures, entre eux et la personne visée ou un tiers, doit faire l'objet d'une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, elles ne rendent pas le régime inconstitutionnel. J'en arrive à cette conclusion pour trois raisons.

Premièrement, les restrictions aux communications par les avocats spéciaux ne sont pas absolues. Elles peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées : par. 85.4(2), *LIPR*. Même si ce processus est moins fluide et efficace que celui des communications illimitées qui prévalent entre un avocat et son client, il ne faut pas oublier que l'art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l'existence d'un processus parfait. Le recours à l'autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires afin que les avocats spéciaux s'acquittent de leurs fonctions.

Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le régime de la *LIPR* prévient l'iniquité qui pourrait autrement découler des restrictions aux communications. Le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Les restrictions aux communications visent à éviter les risques *sérieux* rattachés à la communication de renseignements ou d'éléments de preuve qui porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Bien que le régime établi par la *LIPR* exige que le juge minimise les risques de communication par inadvertance de renseignements, il doit aussi donner aux avocats spéciaux une grande latitude.

and statutory obligations seriously. They have the ability to distinguish between the public and confidential aspects of their case. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real — as opposed to a speculative — risk of injurious disclosure. As much as possible, the special advocates should be allowed to investigate the case and develop their strategy by communicating with the named person, the named person’s public counsel, and third parties who may bring relevant insights and information.

Second, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings. This is significant. As discussed above, the public summaries provided on an ongoing basis to the named person will ensure that he or she is sufficiently informed to provide meaningful guidance and information to the special advocates. These summaries should elicit helpful one-way communications from the named person to the special advocates. And these one-way communications may in turn give rise to requests from the special advocates for judicial permission to communicate with the named person in order to obtain needed clarifications or additional information. [Emphasis in original.]

b. Access to the Confidential Information or Other Evidence

[223] In my order appointing the *amici curiae*, I ordered the following regarding the *amici curiae*’s access to the confidential information and other evidence in these appeals:

2. The *amici* shall have access to the confidential information in these appeals as determined by the Court;

...

9. The *amici* will keep confidential from the Appellants, their counsel, and any other persons not participating in the in camera ex parte hearing, all information and documents to which the *amici* has had access;

Ces derniers sont des avocats compétents qui possèdent une habilitation de sécurité. Ils s’acquittent de leurs obligations professionnelles et légales avec sérieux. Ils ont la capacité de faire la différence entre les aspects publics et confidentiels de leur dossier. Le juge devrait donc adopter une approche libérale lorsqu’il est question d’autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d’un risque réel — par opposition à un risque potentiel — de préjudice en cas de communication. Dans toute la mesure du possible, les avocats spéciaux devraient être autorisés à examiner le dossier et à élaborer leur stratégie en communiquant avec la personne visée et ses avocats publics, ainsi qu’avec des tiers qui pourraient leur fournir des points de vue et des renseignements pertinents.

Deuxièmement, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de renseignements. Cela est important. Comme nous l’avons mentionné, les résumés publics fournis de manière continue à la personne visée garantiront qu’elle est suffisamment informée pour être en mesure de donner des indications et des renseignements adéquats aux avocats spéciaux. Ces résumés devraient permettre à la personne visée de communiquer à sens unique utilement avec les avocats spéciaux. D’ailleurs, ces communications pourraient en retour inciter les avocats spéciaux à demander la permission au juge de communiquer avec la personne visée de manière à obtenir des clarifications nécessaires ou des renseignements supplémentaires. [Italiques dans l’original.]

b. L’accès aux renseignements ou aux autres éléments de preuve confidentiels

[223] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, j’ai ordonné ce qui suit au sujet de l’accès de ces derniers aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels :

2. Les *amici* auront accès aux renseignements confidentiels dont il est question dans les présents appels, selon ce qu’aura décidé la Cour;

[...]

9. Les *amici* préserveront la confidentialité de tous les renseignements et documents auxquels ils auront eu accès, en ne les communiquant pas aux appelants, ni à leurs conseils ou à quiconque ne prenant pas part à l’audience tenue à huis clos et *ex parte*;

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

a. Review the confidential information;

[224] The order appointing the *amici curiae* provides that they have access to the confidential information and other evidence in these appeals, permits them to review this information and other evidence, and requires that they keep confidential this information and other evidence. It goes without saying that this broad access to the confidential information and other evidence is vital in allowing the *amici curiae* to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals. Although the designated judge's discretion to restrict access to certain confidential information or other evidence is preserved, this discretion should only be exercised where the designated judge deems it essential to ensure the confidentiality of the information or other evidence in the circumstances. Relying on my experience and knowledge in national security matters, such restrictions have never been ordered. It would likely require extremely exceptional circumstances to justify not permitting an *amicus curiae* to view certain confidential information.

c. Assist in Preparation of the Summaries of Information

[225] As noted in the order appointing the *amici curiae*:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

d. Assist in the preparation of summaries of information, if required.

[226] As stated above, an essential component of the *amici curiae*'s role in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals is to represent the interests of the appellants in obtaining full disclosure. Serving as a strong counterweight to the respondent's claims of confidentiality to ensure as much disclosure as possible within

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

a. examiner les renseignements confidentiels;

[224] L'ordonnance nommant les *amici curiae* prévoit que ces derniers ont accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels dans le cadre des présents appels, leur permet de passer en revue ces renseignements et ces autres éléments de preuve et exige qu'ils en préservent la confidentialité. Il va sans dire que ce vaste accès aux renseignements et aux autres éléments de preuve confidentiels est essentiel pour permettre aux *amici curiae* d'aider la Cour à représenter les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Bien que le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de limiter l'accès à certains renseignements ou autres éléments de preuve confidentiels soit préservé, il ne devrait être exercé que dans les cas où le juge désigné l'estime essentiel pour assurer la confidentialité des renseignements ou des autres éléments de preuve dans les circonstances. D'après mon expérience et ma connaissance des questions relatives à la sécurité nationale, de telles restrictions n'ont jamais été ordonnées. Il faudrait vraisemblablement qu'il y ait des circonstances des plus exceptionnelles pour qu'il soit justifié d'interdire à un *amicus curiae* d'examiner certains renseignements confidentiels.

c. Aider à préparer les résumés des renseignements

[225] Comme il est signalé dans l'ordonnance nommant les *amici curiae* :

[TRADUCTION]

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

d. aider à préparer les résumés des renseignements, le cas échéant.

[226] Ainsi qu'il a été déclaré plus tôt, un élément essentiel du rôle que jouent les *amici curiae* dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels est la représentation des intérêts des appelants pour l'obtention d'une divulgation pleine et entière. Il est indispensable de bénéficier d'un solide contrepois aux revendications



the limits of the SATA is key in ensuring a fair judicial process as limits on full disclosure and full participation are exceptional in our justice system and great lengths must be taken to ensure that these limits are applied only where essential. Where they are essential, we must seek to intrude as little as possible on the principles of full participation and full disclosure in the interest of an individual's right to know and meet the case against them (*Harkat (2014)*, at paragraphs 50–63).

[227] Paragraph 16(6)(c) of the SATA provides a mechanism to do just that; the designated judge is assigned the duty to provide the appellant with a summary of information and other evidence throughout the proceeding that enables them to be reasonably informed of the Minister's case but that does not include confidential information protected at paragraph 16(6)(b).

[228] This is no easy task. The SATA pushes the designated judge onto a tightrope where they must summarize confidential information in a manner that does not include the elements of this information that would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed. With the respondent's interest in non-disclosure well represented in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, the *amici curiae*'s representation of the appellants' interest in disclosure provides the counterbalance necessary for the designated judge to move forward with confidence. These summaries are the most powerful tool at the designated judge's disposal in the express provisions in subsection 16(6) of the SATA to ensure that the appellants may directly know the case made against them in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals and respond to such a case both directly and via the *amici curiae*. Consequently, the *amici curiae*'s participation in the creation of these summaries is vital.

de confidentialité de l'intimé de façon à assurer la divulgation la plus complète possible dans les limites de la LSDA si l'on veut que le processus judiciaire soit équitable, car le fait d'imposer des limites à la divulgation et la participation pleines et entières est une mesure exceptionnelle dans notre système judiciaire et il faut s'efforcer de veiller à ce qu'on n'applique ces limites que si elles sont essentielles. Dans le cas où elles le sont, nous devons nous efforcer d'empiéter le moins possible sur les principes de la participation et de la divulgation pleines et entières par souci de préserver le droit d'une personne de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'avoir la possibilité d'y répondre (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 50 à 63).

[227] L'alinéa 16(6)c) de la LSDA offre un mécanisme qui permet d'atteindre cet objectif; le juge désigné a pour obligation de fournir à l'appelant un résumé des renseignements et des autres éléments de preuve tout au long de l'instance, ce qui permet à l'appelant d'être suffisamment informé de la thèse du ministre, mais cela n'inclut pas les renseignements confidentiels que protège l'alinéa 16(6)b).

[228] Cela n'est pas une tâche facile. La LSDA oblige le juge désigné à marcher sur une corde raide en le contraignant à résumer des renseignements confidentiels d'une manière qui n'inclut pas les éléments de ces renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. Même si l'intérêt de l'intimé à l'égard de la non-divulgation est bien exposé lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, le fait que les *amici curiae* représentent l'intérêt des appelants à l'égard de la divulgation offre le contrepois nécessaire qui permet au juge désigné de poursuivre son travail avec confiance. Ces résumés sont l'outil le plus puissant que les dispositions expresses du paragraphe 16(6) de la LSDA confèrent au juge désigné afin de s'assurer que les appelants puissent connaître directement la preuve qui pèse contre eux dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels et qu'ils puissent y répondre à la fois directement et par l'intermédiaire des *amici curiae*. Il est donc indispensable que ces derniers puissent prendre part à l'établissement de ces résumés.

d. Make Oral and Written Submissions and Attend Hearings

[229] In my order appointing the *amici curiae*, I note the following:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

...

b. Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses;

c. Attend any public hearing in respect of this application and, with leave of the Court, make submissions; and

[230] The order grants full participation rights to the *amici curiae* during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals, notably the right to make oral and written submissions (the power to examine the witnesses will be discussed below). This is an essential component of the *amici curiae*'s robust mandate to represent the interests of the appellants where their participation is prohibited under the SATA. To meaningfully assist the Court in fulfilling its duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision and to ensure a fair judicial process, it is expected that their participation will help vigorously probe the confidential evidence from the perspective of the appellants, and help counter the respondent's reliance on this information to support the reasonableness of the Minister's decision. On all these points, their submissions will be of utmost value to the judicial process and will also allow the designated judge to have all the facts and the legal perspectives necessary to render an enlightened decision. As noted by the Supreme Court of Canada in *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*, the assumption of a "gatekeeper" role by the designated judge in the *ex parte* and *in camera* portions of a proceeding alone is insufficient.

[231] Moreover, regarding the public portions of these appeals, the attendance of the *amici curiae* is important as it allows them to gain further insight into the appellants' position and interests, notably when the prohibition

d. Présenter des observations orales et écrites et assister aux audiences

[229] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, je signale ce qui suit :

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

[...]

b. participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins;

c. assister à toute audience publique concernant la présente demande et, avec l'autorisation de la Cour, présenter des observations;

[230] L'ordonnance confère aux *amici curiae* des droits de participation pleine et entière lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels, notamment celui de présenter des observations orales et écrites (il sera question plus loin du pouvoir d'interroger les témoins). Il s'agit là d'un élément essentiel du vigoureux mandat qu'ont les *amici curiae* de représenter les intérêts des appellants dans les situations où la LSDA interdit leur participation. Il est prévu que cette participation, qui a pour but d'aider de manière constructive la Cour à s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre et d'assurer un processus judiciaire équitable, aidera concrètement à analyser les éléments de preuve confidentiels sous l'angle des appelants et contribuera à contrer le fait que l'intimé se fonde sur ces renseignements pour étayer le caractère raisonnable de la décision du ministre. Pour tous ces points, leurs observations seront de la plus grande utilité pour le processus judiciaire et elles permettront également au juge désigné de bénéficier de tous les faits et tous les points de vue juridiques qui seront nécessaires pour rendre une décision éclairée. Comme l'a signalé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*, la présomption d'un rôle de « gardien » de la part du juge désigné dans les volets « *ex parte* » et « à huis clos » d'une instance est, à elle seule, insuffisante.

[231] Par ailleurs, en ce qui concerne les volets dits publics des présents appels, il est important que les *amici curiae* soient présents, car cela leur permet de mieux se renseigner sur la position et les intérêts des

on two-way communication is in place. Their insight on public issues may be equally important, as is the case regarding these preliminary issues, given that their perspective on certain public issues may be contextualized by knowledge acquired in the *ex parte* and *in camera* portions of these appeals. Of course, as noted in my order appointing the *Amici Curiae*, their ability to make submissions during public hearings is subject to leave from the Court and the confidentiality limits imposed by the SATA.

e. Examine the Witnesses

[232] Finally, one of the most contentious points in the hearing of these preliminary legal issues is the scope of the *amici curiae*'s power to cross-examine the respondent's witnesses.

[233] The respondent holds that the *amici curiae* may cross-examine their witnesses regarding issues concerning whether certain information or other evidence should be disclosed as it would not be injurious to national security or endanger the safety of any person pursuant to paragraph 16(6)(b). However, the respondent states that, notwithstanding new evidence, the *amici curiae* cannot cross-examine their witnesses regarding the merits of the Minister's decision on appeal. On the other hand, the appellants and the *amici curiae* all state that the *amici curiae*'s power to cross-examine the respondent's witnesses should not be limited to issues of disclosure but must extend to issues regarding the merits of the decision on appeal.

[234] In my order appointing the *amici curiae*, it is simply stated:

10. In assisting the Court, the *amici* may also:

...

b. Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses; [Emphasis added.]

appelants, notamment dans les cas où l'interdiction relative aux communications bilatérales est en vigueur. Il peut être important aussi qu'ils donnent leur avis sur des questions de nature publique, comme sur les présentes questions préliminaires, étant donné que leur point de vue sur certaines questions de nature publique peut être mis en contexte grâce à des connaissances acquises lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels. Il va sans dire, comme il a été souligné dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, que leur habilité à présenter des observations lors des audiences publiques est assujettie à l'autorisation de la Cour ainsi qu'aux limites qu'impose la LSDA en matière de confidentialité.

e. Interroger les témoins

[232] Enfin, l'un des points les plus litigieux dans le cadre de l'audition des présentes questions juridiques préliminaires est l'étendue du pouvoir qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé.

[233] L'intimé soutient que les *amici curiae* peuvent contre-interroger ses témoins pour chercher à savoir si certains renseignements ou autres éléments de preuve devraient être divulgués, car ils ne porteraient pas atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui au sens de l'alinéa 16(6)b). Cependant, il ajoute que, peu importe si de nouveaux éléments de preuve sont produits, les *amici curiae* ne peuvent pas contre-interroger ses témoins sur le fond de la décision du ministre qui est portée en appel. Pour leur part, les appelants et les *amici curiae* disent tous que le pouvoir qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé ne devrait pas se limiter à des questions de divulgation, mais qu'il doit s'étendre à des questions relatives au fond de la décision portée en appel.

[234] Dans mon ordonnance de nomination des *amici curiae*, il est simplement indiqué :

10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :

[...]

b. participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins; [Italique ajouté.]

[235] Consistent with the role of the designated judge, the alleged Charter rights violations in these appeals, and the role of the *amici curiae*, as canvassed above, it is my position that the *amici curiae* should have the opportunity to cross-examine the witnesses on aspects also relating to the merits of these appeals. This is an essential component of the role that is required of them by this Court. That being said, the Court's role as a "gatekeeper" and its inherent right to control its own process does allow it to impose restrictions on this power to cross-examine should the *amici curiae*'s cross-examination go beyond assisting the Court in fulfilling its duties. Knowing the importance of the opportunity to cross-examine in ensuring the right to know and meet the case against one, I cannot imagine that Parliament intended to rely on the designated judge's discretion to appoint an *amicus curiae* as a means of ensuring a fair judicial process while simultaneously intending to limit the designated judge's discretion to confer a mandate to an *amicus curiae* that includes the ability to fully cross-examine witnesses during *ex parte* and *in camera* hearings on the reasonableness of the decision on appeal. As the *ex parte* and *in camera* proceedings evolve, it is the duty of the *amici curiae* to exercise, when opportune, their power to cross-examine in order to represent the interests of the appellants, the whole subject to objections made by the respondent's counsel and the rulings of this Court.

[236] Cross-examination has been described as "the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth" (see *R. v. Howard*, [1989] 1 S.C.R. 1337, at page 1360, (1989), 48 C.C.C. (3d) 38). It is a vital tool that can reveal important credibility issues with certain witnesses, weaken the case against one, and bolster one's own position.

[237] The importance of cross-examination in a fair judicial process is demonstrated by the fact that the Supreme Court of Canada has consistently found that the

[235] Compte tenu du rôle que joue le juge désigné, des allégations de violation de droits garantis par la Charte dans les présents appels et du rôle que jouent les *amici curiae* examinés plus tôt, je suis d'avis que les *amici curiae* devraient avoir la possibilité de contre-interroger les témoins sur des aspects qui se rapportent également au fond des appels. Il s'agit d'un élément essentiel du rôle que la Cour exige qu'ils jouent. Cela dit, le rôle de « gardien » de la Cour et son droit inhérent de contrôler sa propre procédure lui permettent bel et bien d'imposer des restrictions à ce pouvoir de contre-interroger les témoins advenant que le contre-interrogatoire que mènent les *amici curiae* dépasse le cadre consistant à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations. Connaissant l'importance de la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire afin de respecter le droit de connaître la preuve qui pèse contre une personne et d'avoir la possibilité d'y répondre, je ne puis imaginer que le législateur entendait se fonder sur le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de nommer un *amicus curiae* comme moyen d'assurer un processus judiciaire équitable tout en ayant simultanément l'intention de restreindre le pouvoir discrétionnaire du juge désigné de conférer à un *amicus curiae* un mandat qui comporte la capacité de contre-interroger pleinement des témoins lors d'audiences *ex parte* et à huis clos au sujet du caractère raisonnable de la décision portée en appel. À mesure qu'évoluent les procédures « *ex parte* » et « à huis clos », il incombe aux *amici curiae* d'exercer, au moment opportun, leur pouvoir de procéder à un contre-interrogatoire de manière à représenter les intérêts des appelants, le tout sous réserve des objections formulées par les avocats de l'intimé et des décisions de la Cour.

[236] Les contre-interrogatoires ont été décrits comme « le meilleur mécanisme juridique jamais inventé pour découvrir la vérité » (voir l'arrêt *R. c. Howard*, [1989] 1 R.C.S. 1337, à la page 1360). Il s'agit d'un outil crucial qui est en mesure de faire ressortir chez certains témoins de sérieux problèmes de crédibilité, d'affaiblir les allégations portées contre une personne et de renforcer sa propre position.

[237] L'importance du contre-interrogatoire dans un processus judiciaire équitable est illustrée par le fait que la Cour suprême du Canada a systématiquement conclu

opportunity for cross-examination is a key principle protected at section 7 and subsection 11(d) of the Charter. See the following paragraphs in *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193 (*Lyttle*), at paragraphs 41–44, which discuss this point:

As mentioned at the outset, the right of an accused to cross-examine prosecution witnesses without significant and unwarranted constraint is an essential component of the right to make a full answer and defence. See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 608, *per* McLachlin J. (as she then was):

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution... . In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. [Emphasis added by Major and Fish JJ.]

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. reviewed the relevant authorities and, at p. 663, explained why cross-examination plays such an important role in the adversarial process, particularly, though of course not exclusively, in the context of a criminal trial:

There can be no question of the importance of cross-examination. It is of essential importance in determining whether a witness is credible. Even with the most honest witness cross-examination can provide the means to explore the frailties of the testimony. For example, it can demonstrate a witness's weakness of sight or hearing. It can establish that the existing weather conditions may have limited the ability of a witness to observe, or that medication taken by the witness would have distorted vision or hearing. Its importance cannot be denied. It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. Cross-examination must be permitted so that an accused can make full answer and defence. The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused. This is an old and well-established principle that is closely linked to the presumption of innocence. See *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (Man. C.A.); *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (Man. C.A.); *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119 (Que. Q.B.); *R. v. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (Ont. C.A.).

que la possibilité de mener un contre-interrogatoire est un principe capital que protègent l'article 7 et l'alinéa 11d) de la Charte. Voir les paragraphes suivants, extraits de l'arrêt *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193 (arrêt *Lyttle*), aux paragraphes 41 à 44, où il est question de ce point :

Comme il a été mentionné au départ, le droit d'un accusé de contre-interroger les témoins à charge, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. Voir l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 608, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) :

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. [...] Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. [Soulignement ajouté par les juges Major et Fish.]

Dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a examiné la jurisprudence pertinente et, à la p. 663, il a expliqué pourquoi le contre-interrogatoire joue un rôle aussi important dans le processus de débat contradictoire, particulièrement — mais évidemment pas seulement — dans les procès criminels :

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.);



Commensurate with its importance, the right to cross-examine is now recognized as being protected by ss. 7 and 11 (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. See *Osolin, supra*, at p. 665.

The right of cross-examination must therefore be jealously protected and broadly construed. But it must not be abused. Counsel are bound by the rules of relevancy and barred from resorting to harassment, misrepresentation, repetitiousness or, more generally, from putting questions whose prejudicial effect outweighs their probative value. See *R. v. Meddoui*, [1991] 3 S.C.R. 320; *R. v. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (Ont. C.A.); *R. v. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (Ont. C.A.); *Osolin, supra*.

[238] Overall, what should be retained from *Lyttle* is that cross-examination plays an important role, that this important role is not limited to the criminal context, and that it is an essential element to a fair judicial process, being a fundamental principle of justice under section 7 of the Charter. As such, in these appeals under the SATA, the *amici curiae* must be provided with the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of the confidentiality claims made as well as on the merits of the Minister's decisions to not remove the appellants' names from the SATA list; imposing limits on their ability to cross-examine witnesses in the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals is inconsistent with a fair judicial process. However, the opportunity to cross-examine is not absolute and must be used astutely and professionally; it is therefore subject to the respondent's prerogative to make objections, which then calls for a ruling by the designated judge (*Lyttle*, at paragraph 44).

[239] First, as agreed by all in these appeals, the *amici curiae* must be given the opportunity to cross-examine the respondent's witnesses concerning the information or other evidence presented to support the respondent's confidentiality claims. As seen earlier, this is essential to assist the designated judge in ensuring that

*Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.); et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.).

Vu son importance, le droit de contre-interroger est maintenant reconnu comme un droit protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. Voir l'arrêt *Osolin*, précité, p. 665.

Le droit de contre-interroger doit donc être protégé jalousement et être interprété généreusement. Il ne doit cependant pas être exercé de manière abusive. Les avocats sont liés par les règles de la pertinence et il leur est interdit de harceler le témoin, de faire des déclarations inexactes, de se répéter inutilement ou, de façon plus générale, de poser des questions dont l'effet préjudiciable excède la valeur probante. Voir *R. c. Meddoui*, [1991] 3 R.C.S. 320; *R. c. Logiacco* (1984), 11 C.C.C. (3d) 374 (C.A. Ont.); *R. c. McLaughlin* (1974), 15 C.C.C. (2d) 562 (C.A. Ont.); *Osolin*, précité.

[238] Dans l'ensemble, ce qu'il faudrait retenir de l'arrêt *Lyttle*, c'est que le contre-interrogatoire joue un rôle important, que ce rôle important ne se limite pas au contexte criminel et qu'il s'agit d'un élément essentiel d'un processus judiciaire équitable, s'agissant d'un principe de justice fondamentale aux termes de l'article 7 de la Charte. Ainsi, dans les présents appels interjetés en vertu de la LSDA, il est nécessaire de permettre aux *amici curiae* de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet du fond des revendications de confidentialité qui ont été formulées ainsi qu'au sujet du fond des décisions qu'a prises le ministre de ne pas radier les noms des appelants de la liste de la LSDA; le fait de restreindre leur capacité de contre-interroger des témoins lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels est incompatible avec la notion de processus judiciaire équitable. Cependant, la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire n'est pas absolue et doit être utilisée de manière avisée et professionnelle; elle est donc assujettie à la prerogative qu'a l'intimé de formuler des objections, lesquelles appellent ensuite une décision de la part du juge désigné (arrêt *Lyttle*, au paragraphe 44).

[239] Tout d'abord, comme en ont convenu toutes les parties dans les présents appels, il y a lieu de donner aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé au sujet des renseignements ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui des revendications de confidentialité de ce dernier. Comme

only the information or other evidence that must be kept confidential for national security reasons under the SATA is excluded from disclosure to the appellants (*Harkat (2014)*, at paragraphs 50–63). The task is to test the claims for non-disclosure and to that effect, the involvement of the *amici curiae* is valuable to the process and the designated judge.

[240] The *amici curiae* are not there for symbolic purposes—a fair judicial process is not achieved if they are reduced to wallflowers. They must be given the means to effectively test the respondent’s confidentiality claims and the witnesses and evidence adduced to support these claims, from the perspective of the appellants’ interests, which they have gained knowledge of via the scope of their communication powers with the appellants. The most important tool in directly testing these claims from the perspective of the appellants’ interests is the opportunity for the *amici curiae* to cross-examine. Only then will the designated judge have the necessary information to ensure that they are limiting full disclosure to the appellants by only what is required under the SATA to protect national security interests or the safety of any person. A fair judicial process is one that attempts to give the appellants as much information as possible to know the case against them within the national security limits imposed so that they may directly respond to that case, as opposed to having to rely on a substantial substitute. The reliance on a substantial substitute to ensure the appellants’ right to know and meet the case against them must be exceptional in our judicial system and great lengths must be taken to ensure that it is only used where necessary; the *amici curiae*’s opportunity to cross-examine the respondent’s witnesses on the merits of their confidentiality claims is key in achieving this balance between the national security interest in secrecy and the rights and freedoms of individuals.

nous l’avons vu précédemment, cette mesure est essentielle pour aider le juge désigné à veiller à ce que seuls les renseignements ou les autres éléments de preuve qui doivent demeurer confidentiels pour des raisons de sécurité nationale aux termes de la LSDA ne soient pas divulgués aux appelants (arrêt *Harkat (2014)*, aux paragraphes 50 à 63). La tâche consiste à vérifier les revendications de non-divulgateion et, à cet effet, la participation des *amici curiae* est utile au processus ainsi qu’au juge désigné.

[240] Les *amici curiae* ne sont pas là pour la forme — on n’obtient pas un processus judiciaire équitable s’ils font simplement tapisserie. Il faut leur donner les moyens de vérifier efficacement les revendications de confidentialité de l’intimé ainsi que la crédibilité des témoins et la fiabilité des éléments de preuve produits à l’appui de ces revendications, et ce, sous l’angle des intérêts des appelants, dont ils ont pris connaissance grâce à l’étendue de leurs pouvoirs de communication avec ces derniers. L’outil le plus important pour la vérification directe des revendications sous l’angle des intérêts des appelants est la possibilité des *amici curiae* de procéder à un contre-interrogatoire. Ce n’est qu’alors que le juge désigné disposera des renseignements nécessaires pour s’assurer que l’intimé ne limite la divulgation pleine et entière aux appelants qu’en s’en tenant à ce que la LSDA exige pour protéger les intérêts relatifs à la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui. Un processus judiciaire est équitable s’il tente de fournir aux appelants le plus de renseignements possible afin qu’ils puissent connaître la preuve qui pèse contre eux, dans les limites relatives à la sécurité nationale qui sont imposées, de manière à ce qu’ils puissent directement y répondre, et non avoir à se fier à une solution de rechange qui remplace pour l’essentiel les droits niés. Le fait de dépendre d’une solution de rechange pour garantir le droit des appelants de connaître la preuve qui pèse contre eux et d’y répondre doit être exceptionnelle dans notre système judiciaire, et il faut s’efforcer le plus possible de veiller à ce qu’on n’y recoure qu’en cas de besoin; il est important que les *amici curiae* aient la possibilité de contre-interroger les témoins de l’intimé sur le fond des revendications de confidentialité qu’il invoque si l’on veut atteindre cet équilibre entre l’intérêt au secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés des individus.

[241] By the same token, the opportunity to cross-examine should be afforded to the *amici curiae* when assisting the designated judge in assessing the reliability and appropriateness of new evidence and also in assessing the reasonableness of the Minister's decision. I have found above that the "gatekeeper" role of the designated judge extends to the Court's review of the merits of the Minister's decision, and I find here that the *amici curiae*'s role as a robust substantial substitute to the appellants' full participation and full disclosure does as well. Ensuring that the *amici curiae* have the opportunity to cross-examine witnesses on the merits of the Minister's decision is essential to assisting the designated judge to fulfill their duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision by means of a fair judicial process.

[242] Yet, despite the clear Charter interests at play, as alleged, by stating that this Court does not have the jurisdiction to assign the *amici curiae* the ability to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of their secret evidence against the appellants, the respondent is suggesting that even where secret evidence has not been tested, it should be assumed to be credible and reliable and that the *amici curiae* and the designated judge should only assess whether, based on this evidence, the Minister's decision is reasonable. This flies in the face of *Charkaoui I, Harkat (2014)*, and more than a decade of jurisprudence on what is required for the designated judge to be able to ensure a fair judicial process to a party denied full disclosure and full participation in the interest of national security. Permitting the respondent to shield its evidence from challenge by the *amici curiae* denies the appellants a meaningful opportunity to challenge the case against them, which in turn, prevents the designated judge from fulfilling their duty to decide upon the reasonableness of the Minister's decision based on the facts and the law. This "trust me" approach to the respondent's confidential evidence can only encourage miscarriages of justice. This is surely not what Parliament contemplated when it decided to rely on the judge's discretion to appoint an *amicus curiae* to assume the function of a substantial substitute in the interest of ensuring a fair judicial process.

[241] Par la même occasion, il faudrait offrir aux *amici curiae* la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire pour aider le juge désigné à évaluer la fiabilité et le caractère approprié de nouveaux éléments de preuve et pour évaluer le caractère raisonnable de la décision du ministre. J'ai conclu plus tôt que le rôle de « gardien » du juge désigné s'étend à l'examen que fait la Cour du fond de la décision du ministre, et je conclus maintenant que c'est le cas aussi du rôle que jouent les *amici curiae* en tant que solution de rechange vigoureuse à la participation et à divulgation pleines et entières dont auraient dû bénéficier les appelants. Il est essentiel de veiller à ce que les *amici curiae* aient la possibilité de contre-interroger des témoins sur le fond de la décision du ministre de façon à aider le juge désigné à s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette décision au moyen d'un processus judiciaire équitable.

[242] Pourtant, malgré les intérêts évidents en jeu garantis par la Charte invoqués, en faisant valoir que notre Cour n'a pas la compétence voulue pour attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger ses témoins sur le fond des éléments de preuve secrets qu'ils détiennent contre les appelants, l'intimé soutient que même dans le cas où des éléments de preuve secrets n'ont pas été vérifiés, il faudrait présumer qu'ils sont crédibles et dignes de foi, et que les *amici curiae* et le juge désigné ne devraient évaluer que la question de savoir si la décision du ministre est raisonnable d'après ces éléments de preuve. Cette position va à l'encontre des arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)* et de plus d'une décennie de jurisprudence sur ce dont le juge désigné a besoin pour pouvoir garantir un processus judiciaire équitable à une partie privée d'une divulgation et d'une participation pleines et entières au nom de la sécurité nationale. Permettre à l'intimé d'empêcher les *amici curiae* de contester ses éléments de preuve prive les appelants d'une possibilité utile de contester la preuve qui pèse contre eux, ce qui, par ricochet, empêche le juge désigné de s'acquitter de son obligation de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre en se fondant sur les faits et le droit applicables. Cette invitation à faire confiance aux éléments de preuve confidentiels de l'intimé ne peut que favoriser la commission d'erreurs judiciaires. Ce n'est certes pas ce que

[243] Indeed, a reading of the SATA that prohibits the designated judge from assigning the ability to cross-examine the respondent's witnesses to the *amici curiae* is inconsistent with the SATA's overall object of balancing the national security interest in secrecy with an individual's rights and freedoms, a legislative scheme that largely relies on its appeal mechanism to achieve this balance. Such limits on cross-examination would render the appeal at section 16 of the SATA hollow seeing as it subtracts the important component of permitting meaningful challenge to the case to meet from a process that does not afford this opportunity at an earlier stage. It would destabilize the fragile equilibrium that the SATA seeks to achieve.

[244] As regards the express appeal provisions in the SATA, imposing such strict limits on the *amici curiae*'s ability to cross-examine would be inconsistent with the designated judge's duty to provide an appellant with an opportunity to be heard at paragraph 16(6)(d) as well as the designated judge's duty to determine whether evidence is relevant at paragraph 16(6)(g). Indeed, it can be said that the requirement to provide the appellant an opportunity to be heard at paragraph 16(6)(d), a key component of the *audi alteram partem* rule, grounds this jurisdiction to assign the *amici curiae* the ability to cross-examine the respondent's witnesses on the merits of the decision seeing as the appellants have no other way of challenging this confidential evidence. Assigning this power to the *amici curiae* is the only way in which the competing interests of security and fairness can be resolved in this appeal process under the SATA. Furthermore, practically speaking, it is the only way in which additional evidence in the interest of the appellants can be adduced pursuant to paragraph 16(6)(e) during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals.

le législateur envisageait quand il a décidé de se fier au pouvoir discrétionnaire du juge de nommer un *amicus curiae* pour agir comme solution de rechange pour remplacer pour l'essentiel les droits niés par souci d'assurer un processus judiciaire équitable.

[243] En fait, une interprétation de la LSDA qui interdit au juge désigné d'attribuer aux *amici curiae* la capacité de contre-interroger les témoins de l'intimé est incompatible avec l'objet général de cette loi, qui consiste à mettre en balance l'intérêt en matière de secret pour des raisons de sécurité nationale et les droits et libertés individuels, un régime législatif qui se fonde en grande partie sur son mécanisme d'appel pour réaliser cet équilibre. De telles limites au contre-interrogatoire videraient de son sens l'appel prévu à l'article 16 de la LSDA étant donné qu'elles soustraient la composante importante qu'est la possibilité de contester de manière utile la preuve à réfuter d'un processus qui ne permet pas de le faire à un stade antérieur. Cela déstabiliserait le fragile équilibre que la LSDA vise à créer.

[244] En ce qui concerne les dispositions expresses que comporte la LSDA en matière d'appel, le fait d'imposer de telles limites strictes à la capacité qu'ont les *amici curiae* de contre-interroger des témoins serait incompatible avec les obligations du juge désigné de donner aux appelants la possibilité d'être entendus prévue à l'alinéa 16(6)(d) et de déterminer si les éléments de preuve sont pertinents conformément à l'alinéa 16(6)(g). En fait, on peut dire que c'est l'obligation de fournir à l'appellant la possibilité d'être entendu prévue à l'alinéa 16(6)(d), élément clé de la règle *audi alteram partem*, qui fonde cette compétence pour attribuer aux *amici curiae* la possibilité de contre-interroger les témoins de l'intimé sur le fond de la décision, étant donné que les appelants n'ont aucune autre manière de contester ces éléments de preuve confidentiels. L'attribution de ce pouvoir aux *amici curiae* est la seule façon de trancher les intérêts contradictoires de la sécurité et de l'équité dans le cadre du processus d'appel que prévoit la LSDA. En outre, d'un point de vue pratique, c'est la seule façon de pouvoir produire d'autres éléments de preuve dans l'intérêt des appelants, conformément à l'alinéa 16(6)(e), pendant les volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels.

[245] Finally, as previously mentioned, nothing in the SATA indicates a required division of the appeal in separate disclosure and merits stages. Moreover, logistically speaking, often-times disclosure and merits are intertwined—almost impossible to divide. As such, beyond not being reflected in the SATA, establishing such a limit based on this division of appeals under the SATA is not logical.

[246] However, as said before and as specified in *Lyttle*, at paragraph 44, the full opportunity to cross-examine does not equal an unequivocal right to cross-examine without limits (*Harkat (2014)*, at paragraph 88). It must be exercised in a professional manner that is subject to the Court's oversight and that assists the Court. However, given its essential function, it should not be limited in a manner that hollows its effectiveness and its substance.

#### D. WITHDRAWAL OF INFORMATION

[247] In the appeal of Mr. Dulai, the respondent has exercised their right to withdraw information or other evidence pursuant to paragraph 16(6)(g) of the SATA. In addition, the SATA provides that the designated judge “must not base a decision on that information or other evidence and must return it to the Minister” pursuant to paragraph 16(6)(g) and tasks the designated judge with ensuring the confidentiality of this withdrawn information pursuant to 16(6)(h).

[248] Regarding this withdrawal, the Court is asked to determine whether the designated judge and the *amici curiae* are allowed to see the withdrawn information and be given the reasons for which the Minister withdrew this information, whether the Federal Court can retain a copy of the withdrawn information, what step should be taken to ensure that this information is no longer part of the appeal book, and when it should be returned to the Minister.

[245] Enfin, comme on l'a vu précédemment, rien dans la LSDA n'indique qu'il est obligatoire de scinder l'appel en deux étapes distinctes, pour la divulgation et le fond de la décision. Par ailleurs, d'un point de vue logistique, il arrive souvent que les étapes de la divulgation et du fond de la décision soient étroitement liées — presque impossibles à scinder. C'est donc dire qu'en plus de ne pas figurer dans la LSDA, l'établissement d'une telle limite, fondée sur cette scission des appels interjetés sous le régime de la LSDA, n'est pas logique.

[246] Cependant, comme je l'ai déjà mentionné et qu'il est précisé dans l'arrêt *Lyttle*, au paragraphe 44, la pleine liberté de contre-interroger des témoins ne constitue pas à un droit non équivoque de contre-interroger des témoins sans limites (arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 88). Cette possibilité doit être exercée d'une manière professionnelle qui est assujettie à la supervision de la Cour et qui aide cette dernière. Toutefois, vu sa fonction essentielle, elle ne devrait pas être limitée d'une manière qui mine son efficacité et sa substance.

#### D. LE RETRAIT DE RENSEIGNEMENTS

[247] Dans l'appel de M. Dulai, l'intimé a exercé son droit de retirer des renseignements ou d'autres éléments de preuve conformément à l'alinéa 16(6)g) de la LSDA. De plus, la LSDA prévoit que le juge désigné « ne peut fonder sa décision sur ces renseignements ou ces éléments de preuve et il est tenu [en vertu de l'alinéa 16(6)g)] de les remettre au ministre », et elle confie, à l'alinéa 16(6)h), au juge désigné la tâche de garantir la confidentialité des renseignements et des autres éléments de preuve qui ont été retirés.

[248] Au sujet de ce retrait, la Cour a pour tâche de décider si le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles le ministre les a retirés, de vérifier si la Cour fédérale peut conserver une copie des renseignements retirés, de déterminer les mesures qu'il conviendrait de prendre pour s'assurer que ces renseignements ne fassent plus partie du dossier d'appel et de fixer le moment où ces renseignements devraient être renvoyés au ministre.



[249] The respondent, Mr. Dulai, and the *amici curiae*, all agree that the designated judge and the *amici curiae* are allowed to see this withdrawn information and be provided with the reasons for its withdrawal. They also agree that the Federal Court can retain a copy of the withdrawn information and that appropriate steps were taken to ensure that this information is no longer part of the appeal book. Moreover, the information has already been returned to the Minister. This Court nevertheless finds it necessary to address these points, albeit much more briefly than the issues analyzed thus far, given that these are the first appeals under the SATA. That being said, whether this withdrawal of information leads to a situation where there is insufficient evidence before the Court to support the reasonableness of the Minister's decision on appeal is a question that will surely be considered later in these proceedings (*Soltanizadeh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 450, at paragraphs 22–31; and *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 1030, [2010] 4 F.C.R. 448, at paragraphs 23–30).

(1) Access to Withdrawn Information and Reasons for Withdrawal

[250] The designated judge cannot base their decision concerning the reasonableness of the Minister's decision on the withdrawn information or other evidence. The SATA makes this clear. Instead, the designated judge is tasked with determining the reasonableness of the Minister's decision based on the "information available to the judge" [at subsection 16(6)]. That being said, the SATA does not restrict the designated judge, or the *amici curiae*, from seeing this withdrawn information or being informed of its withdrawal; it requires the Court to ensure its confidentiality.

[251] The power afforded to the respondent to unilaterally withdraw information or other evidence is not unique to the SATA but the advantage it conveys to the respondent cannot be underestimated. In a field where secrecy is required, the ability to withdraw information without restriction is a significant power. As such, a fair judicial process requires that a designated judge be able

[249] L'intimé, M. Dulai et les *amici curiae* conviennent tous que le juge désigné et les *amici curiae* sont autorisés à voir les renseignements qui ont été retirés et à prendre connaissance des raisons pour lesquelles ils l'ont été. Ils conviennent également que la Cour fédérale peut conserver une copie des renseignements retirés et que des mesures appropriées ont été prises pour veiller à ce que ces renseignements ne fassent plus partie du dossier d'appel. Par ailleurs, les renseignements ont déjà été renvoyés au ministre. La Cour juge néanmoins nécessaire de traiter de ces questions, quoique d'une manière nettement plus succincte que les questions analysées jusqu'ici, étant donné qu'il s'agit des premiers appels interjetés sous le régime de la LSDA. Cela dit, la question de savoir si ce retrait mène à une situation où les éléments de preuve soumis à la Cour ne sont pas suffisants pour étayer le caractère raisonnable de la décision du ministre qui est portée en appel est une question qui sera sûrement examinée ultérieurement dans la présente instance (*Soltanizadeh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 450, aux paragraphes 22 à 31; et décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 1030, [2010] 4 R.C.F. 448, aux paragraphes 23 à 30).

1) L'accès aux renseignements retirés et les raisons du retrait

[250] Le juge désigné ne peut pas fonder sa décision concernant le caractère raisonnable de la décision du ministre sur les renseignements ou les autres éléments de preuve qui ont été retirés. La LSDA l'indique clairement. Il est plutôt chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre en se fondant sur « l'information dont il dispose » [au paragraphe 16(6)]. Cela dit, la LSDA n'empêche pas le juge désigné, ou les *amici curiae*, de consulter les renseignements retirés ou d'être informés de leur retrait; elle exige que la Cour en garantisse la confidentialité.

[251] Le pouvoir conféré à l'intimé de retirer unilatéralement des renseignements ou d'autres éléments de preuve n'est pas propre à la LSDA, mais on ne saurait sous-estimer l'avantage qu'une telle possibilité procure. Dans un univers où l'on exige le secret, la possibilité de retirer des renseignements sans restriction constitue un pouvoir considérable. Par conséquent, pour que le

to see this withdrawn information or other evidence as well as be provided with the reasons for its withdrawal, at the very least in order to understand how it relates to the other information and evidence that remains before the designated judge.

[252] For instance, the reasonableness of the Minister's decision might be difficult to meaningfully review without knowing the information or evidence withdrawn and how its absence affects the other information or evidence the designated judge must use to make their decision. In reality, it is much more difficult to withdraw a certain factual element grounding the Minister's decision without it having an impact on the other information or evidence—this is rarely a surgical exercise—it is akin to subtracting an ingredient from an already baked cake. Moreover, this withdrawn information or other evidence, as well as the reasons for its withdrawal, might reveal certain vulnerabilities or credibility issues in the remaining information or other evidence. For example, as suggested by the *amici curiae* as a theoretical example, a situation where the reasons for the withdrawal reveal credibility issues with a confidential source that is associated with other information or evidence relied on by the respondent. In essence, although the designated judge cannot ground their decision on this withdrawn information, this information, along with the reasons for its withdrawal, might expose a thread that, when pulled on, unravels the remainder of the respondent's case.

[253] It is therefore essential that the designated judge be provided with the withdrawn information and the reasons for its withdrawal in order to permit the designated judge to assume their role as a “gatekeeper.” The designated judge must understand the entire context in order to not only ensure that the record supports the reasonableness of the Minister's decision, but also that the overall process is fair. Consistent with fulfilling this duty, the *amici curiae*, with the designated judge's leave, can also have access to this withdrawn information, as well as the reasons for its withdrawal, to ensure that its

processus judiciaire soit équitable, le juge désigné doit pouvoir consulter les renseignements ou les autres éléments de preuve retirés et être informé de la raison de leur retrait afin, à tout le moins, de comprendre le lien qui existe entre eux et les autres renseignements et éléments de preuve dont il dispose toujours.

[252] Par exemple, le juge désigné pourrait avoir de la difficulté à effectuer un examen complet du caractère raisonnable de la décision du ministre sans connaître les renseignements ou les éléments de preuve qui ont été retirés et en quoi leur absence a une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve dont il doit se servir pour pouvoir rendre sa décision. En réalité, il est nettement plus difficile de retirer un certain élément factuel sur lequel repose la décision du ministre sans que cela se répercute sur les autres renseignements ou éléments de preuve — il s'agit rarement d'un exercice chirurgical — ce geste revient à retirer un ingrédient d'un gâteau déjà cuit. Par ailleurs, les renseignements ou les autres éléments de preuve retirés, ainsi que les raisons de leur retrait, pourraient révéler certaines faiblesses ou certains problèmes de crédibilité dans les renseignements ou les autres éléments de preuve qui restent. Comme l'ont mentionné les *amici curiae* à titre d'exemple théorique, cela pourrait arriver dans une situation où les raisons du retrait révèlent les problèmes de crédibilité que pose une source confidentielle qui est associée aux autres renseignements ou éléments de preuve sur lesquels l'intimé se fonde. En fait, bien que le juge désigné ne puisse fonder sa décision sur les renseignements retirés, ceux-ci, de même que les raisons de leur retrait, pourraient exposer un fil qui, une fois tiré, défait le reste de la thèse de l'intimé.

[253] Il est donc essentiel que l'on fournisse au juge désigné les renseignements retirés et les raisons qui expliquent le retrait de façon à ce qu'il puisse jouer son rôle de « gardien ». Le juge désigné doit comprendre le contexte dans son ensemble de façon à s'assurer que le dossier étaye le caractère raisonnable de la décision du ministre, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable. Corollairement à cette obligation, les *amici curiae*, avec l'autorisation du juge désigné, peuvent également avoir accès aux renseignements retirés, ainsi qu'aux raisons de leur retrait, afin de veiller à

impact on the remaining record is properly analyzed, and communicated to the designated judge, according to the interests of the appellants.

[254] Moreover, the disclosure of this withdrawn information as well as the reasons for its withdrawal to the designated judge, and by extension the *amici curiae*, is consistent with the respondent's duty of candour in *ex parte* and *in camera* proceedings. Citing *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3 and *Almrei (Re)*, the Supreme Court of Canada stated the following regarding the duty of candour in *ex parte* and *in camera* proceedings in *Harkat (2014)*, at paragraph 101:

In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: “The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld” (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that “[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case.”

[255] As such, it can also be said that a failure to disclose the reasons for the withdrawal of information or evidence as well as the information or evidence itself, notably if it is adverse to the interests of the respondent, may be inconsistent with the duty of candour.

## (2) Retention of Copy of Withdrawn Information

[256] As stated in section 4 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the Federal Court is a “superior court of record.” Although undefined in the *Federal Courts Act*, this entails that the Court has an obligation to preserve records of proceedings, which act as its judicial memory, to ensure a historical record and to ensure

ce que l'incidence du retrait sur le reste du dossier soit convenablement analysée et communiquée au juge désigné conformément aux intérêts des appelants.

[254] En outre, la divulgation des renseignements retirés, ainsi que des raisons qui expliquent leur retrait, au juge désigné et, par extension, aux *amici curiae*, concorde avec l'obligation de franchise dont l'intimé doit faire preuve dans une instance *ex parte* et à huis clos. Citant l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, et l'arrêt *Almrei (Re)*, la Cour suprême du Canada a déclaré ce qui suit au sujet de l'obligation de franchise dans le cadre d'une instance *ex parte* et à huis clos dans l'arrêt *Harkat (2014)*, au paragraphe 101 :

Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163 par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s'appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

[255] Dans ce contexte, on peut dire aussi que le défaut de divulguer les raisons pour lesquelles des renseignements ou des éléments de preuve ont été retirés de même que les renseignements ou les éléments de preuve eux-mêmes, notamment s'ils sont contraires aux intérêts de l'intimé, peut ne pas cadrer avec l'obligation de franchise.

## 2) La conservation d'une copie des renseignements retirés

[256] Comme il est indiqué à l'article 4 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, la Cour fédérale est une « cour supérieure d'archives ». Bien qu'elle ne soit pas définie dans la *Loi sur les Cours fédérales*, cette expression implique que la Cour se trouve dans l'obligation de conserver les registres des instances,

that precedent is followed. For instance, the term “court of record” is defined by the *Oxford Dictionary of Law* as “a court whose acts and judicial proceedings are permanently maintained and recorded” and by *Osborn’s Concise Law Dictionary* as “a court whereof the acts and judicial proceedings are enrolled for a perpetual memory and testimony” (*Oxford Dictionary of Law*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2002), at page 126 and *Osborn’s Concise Dictionary*, 12th ed. (Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2013), at page 124).

[257] This Court must therefore seek to preserve an accurate historical record of these appeals, notably given that they are the first appeals under the SATA. This includes any withdrawn information or evidence seeing as it could have an impact on the other information or evidence relied upon in these appeals, as discussed above. Of course, the retention of this information would need to be done in a manner that is consistent with the SATA, notably the duty imposed on the designated judge in paragraph 16(6)(h) to “ensure the confidentiality of all information or other evidence that the Minister withdraws.”

### (3) Steps to Be Taken to Secure the Withdrawn Information

[258] To ensure that the confidentiality of the information withdrawn by the Minister is not compromised by the retention of a copy by the Court and to ensure that it is no longer part of the appeal book and safely returned to the Minister, the Court ordered on January 24, 2020, as follows:

1. The AGC is authorized to withdraw information from the classified Appeal Book.
2. The AGC has been authorized to provide new pages of the classified Appeal Book that are affected by the withdrawal and the Registry of the Federal Court has replaced

qui font office de mémoires judiciaires, afin de bénéficier de l’historique du dossier et de s’assurer que l’on suit les précédents. Par exemple, l’expression « cour d’archives » est définie dans l’*Oxford Dictionary of Law* comme étant une [TRADUCTION] « cour dont les actions et les instances judiciaires sont conservées et enregistrées de façon permanente », et dans l’*Osborn’s Concise Law Dictionary* comme étant une [TRADUCTION] « cour dont les actions et les instances judiciaires sont consignées afin de bénéficier d’une preuve et d’un souvenir perpétuels » (*Oxford Dictionary of Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Oxford : Oxford University Press, 2002), à la page 126, et *Osborn’s Concise Dictionary*, 12<sup>e</sup> éd. (Sweet & Maxwell : Thomson Reuters, 2013), à la page 124).

[257] La Cour doit donc conserver l’historique exact des dossiers des présents appels, d’autant plus qu’il s’agit des premiers appels que l’on interjette sous le régime de la LSDA. Tous les renseignements ou éléments de preuve retirés sont notamment visés. En effet, ceux-ci pourraient, comme on l’a vu, avoir une incidence sur les autres renseignements ou éléments de preuve invoqués dans les présents appels. Bien sûr, il faudrait que ces renseignements soient conservés d’une manière conforme à la LSDA, notamment à l’obligation imposée au juge désigné à l’alinéa 16(6)h de « garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l’instance ».

### 3) Les mesures à prendre pour sécuriser les renseignements retirés

[258] Pour veiller à ce que la confidentialité des renseignements que retire le ministre ne soit pas compromise par le fait que la Cour en conserve une copie et s’assurer qu’ils ne fassent plus partie du dossier d’appel et soient retournés en toute sécurité au ministre, la Cour a ordonné le 24 janvier 2020 ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Le PGC est autorisé à retirer des renseignements du dossier d’appel 2confidentiel.
2. Le PGC a été autorisé à fournir de nouvelles pages du dossier d’appel confidentiel qui sont touchées par le retrait et le greffe de la Cour fédérale a remplacé les pages

the pages affected by the withdrawal, including the copies provided to the *amici curiae*.

3. The withdrawn information in the classified Appeal Book will be redacted in black and identified as “with-drawn information.”

4. The AGC has been authorized to provide redacted copies of the CSIS classified affidavit to the *amici curiae*.

5. The Court will keep three copies of the classified Appeal Book containing the withdrawn information (original classified Appeal Books). The original classified Appeal Books will be sealed and kept in a separate location at the Designated Registry.

6. A copy of this Order will be placed on each of the sealed copies of the original classified Appeal Books.

7. This Order continues in effect until the Court orders otherwise, including for the duration of any appeal of the proceedings and after final judgment.

[259] The respondent, the appellants, and the *amici curiae* all agree that these measures were sufficient. Moreover, the procedure outlined above has already been undertaken without issue.

#### E. EX PARTE HEARING ON THE MERITS

[260] Finally, I am tasked with deciding whether the SATA allows for *ex parte* and *in camera* hearings on the merits, deciding the purpose of such hearing, and deciding whether one will be required in these appeals.

[261] First, it is my position that an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is permitted under the SATA. Paragraph 16(6)(a) of the SATA is clear that an *ex parte* and *in camera* hearing is required “at any time during a proceeding” on request of the Minister where the disclosure of information or other evidence “could be injurious to national security or endanger the safety of any person.” This is not limited to any “disclosure phase” of an appeal, should a designated judge choose to separate the SATA appeal in such a fashion. I have

touchées par le retrait, y compris les copies fournies aux *amici curiae*.

3. Les renseignements retirés qui figurent dans le dossier d’appel confidentiel seront caviardés et désignés comme suit : « renseignements retirés ».

4. Le PGC a été autorisé à fournir des copies caviardées de l’affidavit confidentiel du SCRS aux *amici curiae*.

5. La Cour conservera trois copies du dossier d’appel confidentiel contenant les renseignements retirés (les dossiers d’appel confidentiels originaux). Les dossiers d’appel confidentiels originaux seront scellés et conservés en un lieu distinct au greffe désigné.

6. Une copie de la présente ordonnance sera versée dans chacune des copies scellées des dossiers d’appel confidentiels originaux.

7. La présente ordonnance demeurera en vigueur jusqu’à ce que la Cour en ordonne autrement, y compris pendant la durée de tout appel relatif à l’instance et après le jugement définitif.

[259] L’intimé, les appelants et les *amici curiae* conviennent tous que ces mesures étaient suffisantes. Par ailleurs, la procédure décrite ci-dessus a déjà eu lieu sans causer de problème.

#### E. L’AUDIENCE EX PARTE SUR LE FOND DE LA DÉCISION

[260] Enfin, il me faut décider si la LSDA autorise la tenue d’audiences *ex parte* et à huis clos sur le fond d’une décision, déterminer l’objet de telles audiences et décider s’il sera nécessaire d’en tenir une dans le cadre des présents appels.

[261] Premièrement, je suis d’avis qu’il est permis, sous le régime de la LSDA, de tenir une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision. L’alinéa 16(6)a) de la LSDA indique clairement qu’une audience *ex parte* et à huis clos est requise « à tout moment pendant l’instance » et à la demande du ministre si la divulgation de renseignements ou d’autres éléments de preuve « pourraient porter atteinte [...] à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui ». Cette disposition n’est pas limitée à une quelconque « étape de divulgation » d’un appel, si



already made myself clear on this point. Depending on the circumstances of an appeal, there may be one or many *ex parte* and *in camera* hearings that deal with the Minister's confidentiality claims or the reasonableness of the decision on appeal. There may also be one or more public hearings.

[262] Second, it is my position that the purpose of an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is to permit the designated judge to hear and actively probe confidential information that cannot be disclosed to an appellant, as well as submissions on this information, in order to determine whether the Minister's decision was reasonable.

## VI. CONCLUSION

[263] To conclude, my answer to each one of the preliminary questions is as follows: (1) the role of the designated judge in SATA appeals is that of a robust and interventionist "gatekeeper," as described in both *Charkaoui I* and *Harkat (2014)*; (2) the role of the *amici curiae* is to assist the Court by representing the interests of the appellants during the *ex parte* and *in camera* portions of the appeals and their mandate is a robust and interventionist one but one that does not go as far as have them assume the role of counsel for the appellants; (3) the withdrawn information, and the reasons for its withdrawal, must be provided to the designated judge and the *amici curiae*; and (4) an *ex parte* and *in camera* hearing on the merits is called for in appeals under the SATA. Consistent with the present reasons, the order dated October 7, 2019, will be amended accordingly. To that purpose, a public case management conference will be held in order to receive the input of all parties and the *amici curiae* on the amendments to be made and to discuss further matters essential to moving these proceedings forward.

le juge désigné décide de scinder l'appel interjeté sous le régime de la LSDA. J'ai déjà clairement exprimé mon point de vue sur la question. Selon les circonstances de l'appel, il peut y avoir une ou plusieurs audiences *ex parte* et à huis clos qui portent sur les allégations de confidentialité du ministre ou le caractère raisonnable de la décision portée en appel. Il peut aussi y avoir une ou plusieurs audiences publiques.

[262] Deuxièmement, je suis d'avis qu'une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond d'une décision a pour objet de permettre au juge désigné d'entendre et d'analyser en détail des renseignements confidentiels qui ne peuvent pas être divulgués à l'appelant, ainsi que les observations relatives à ces renseignements, de façon à déterminer si la décision du ministre était raisonnable.

## VI. CONCLUSION

[263] En conclusion, ma réponse à chacune des questions préliminaires est la suivante : 1) le rôle du juge désigné dans un appel interjeté sous le régime de la LSDA est un rôle de « gardien » vigoureux et interventionniste, comme il est décrit dans les arrêts *Charkaoui I* et *Harkat (2014)*; 2) le rôle des *amici curiae* est d'aider la Cour en représentant les intérêts des appelants lors des volets « *ex parte* » et « à huis clos » des appels et ils assument un mandat vigoureux et interventionniste qui ne va toutefois pas jusqu'à être assimilable à un rôle d'avocat des appelants; 3) les renseignements retirés, ainsi que les raisons de leur retrait, doivent être fournis au juge désigné et aux *amici curiae*; 4) une audience *ex parte* et à huis clos sur le fond de la décision s'impose dans les appels interjetés sous le régime de la LSDA. Conformément aux présents motifs, l'ordonnance datée du 7 octobre 2019 sera modifiée en conséquence. À cette fin, une conférence de gestion de l'instance publique aura lieu dans le but d'obtenir les commentaires de toutes les parties et des *amici curiae* sur les modifications à apporter ainsi que de discuter d'autres questions essentielles qui permettront de faire avancer la présente affaire.

Annex A

## ORDER

UPON conducting a case management conference by teleconference on September 24, 2019, in the presence of counsel for the parties to discuss matters of interest in both files which included, among others, the appointment of *amicus(ci) curiae*;

AND UPON acknowledging that these appeals are governed by the provisions set out in subsection 16(6) of the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20, s. 11 (SATA);

AND UPON noting on a *prima facie* basis that the appeal books contain redacted information regarding the decision to maintain the appellants' status as listed persons under section 15 of the SATA which may not be disclosed to them, the whole subject to the decision to be made on the appropriateness of each redacted information;

AND UPON noting that the appellants and their counsel will be excluded from part of the appeals, if a request is made by the respondent under paragraph 16(6)(a) of the SATA, that this Court hear submissions on the information or other evidence in the absence of the public and the appellants and their counsel in order to prevent an injury to national security or to protect the safety of any person;

AND UPON the Court raising the possibility of appointing an *amicus curiae* or two *amici curiae* in order to ensure procedural fairness to the appellants and noting that there are two appeals which relate to different facts and may raise different issues;

AND UPON receiving written submissions from counsel for the parties on this point;

AND UPON considering that the appointment of two *amici curiae (amici)* will assist the Court in performing its statutory obligations under the SATA;

Annexe A

## ORDONNANCE

APRÈS avoir tenu une conférence de gestion de l'instance par téléconférence le 24 septembre 2019, en présence des avocats des parties, pour discuter de sujets d'intérêt dans les deux dossiers, dont la nomination d'un ou de plusieurs *amici curiae*;

ET APRÈS avoir reconnu que les présents appels sont régis par les dispositions énoncées au paragraphe 16(6) de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA);

ET APRÈS avoir constaté que les dossiers d'appel contiennent des renseignements caviardés au sujet de la décision de maintenir le statut de personne inscrite des appelants en vertu de l'article 15 de la LSDA, renseignements qui ne peuvent pas leur être divulgués, le tout sous réserve de la décision à rendre au sujet du caractère approprié du caviardage de chacun des renseignements visés;

ET APRÈS avoir noté que les appelants et leurs conseils seront exclus d'une partie des appels, s'il est demandé par l'intimé, en vertu de l'alinéa 16(6)a) de la LSDA, que la Cour entende des observations sur les renseignements ou d'autres éléments de preuve en l'absence du public ainsi que des appelants et de leurs conseils de façon à éviter de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

ET APRÈS que la Cour a évoqué la possibilité de nommer un ou deux *amici curiae* afin de s'assurer que les appelants bénéficient de l'équité procédurale et qu'elle a pris acte du fait qu'il y a deux appels qui se rapportent à des faits différents et qui peuvent soulever des questions différentes;

ET APRÈS avoir reçu des observations écrites des conseils des parties sur ce point;

ET APRÈS avoir jugé que la nomination de deux *amici curiae (amici)* aidera la Cour à s'acquitter des obligations que lui impose la LSDA;

AND UPON noting the alleged violations of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter); noting that the appellants' right to know and meet the case, including the right to make adequate representation in the closed hearing, are principles of fundamental justice pursuant to section 7 of the Charter; and noting that there must be an adequate substantial substitute for the persons concerned in the secret proceedings: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 [cited above], at paragraph 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 [cited above], at paragraph 43;

AND UPON noting that the appointment of *amici* in such a situation will assist the Court in forming its opinion during the hearing of information or other evidence presented by the respondent in the absence of the appellants and the public and in determining whether its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

AND UPON noting that the appointment of an *amicus curiae* is at the discretion of the Court and that Designated Judges involved in similar matters have appointed *amicus(ci) curiae* to assure such a mandate;

CONSIDERING that the *amici's* mandate will include meeting and communicating with the appellants and their counsel to discuss the matters at hand and, to that purpose, such meetings may be held in Vancouver if not by telephone in accordance with the mandate established below;

CONSIDERING that the *amici* will organise their mandate in such a way as to ensure that there will not be undue duplication of the work but also will do their utmost to divide the said work in order to meet the established timetable provided for in this order;

CONSIDERING that once one of the *amici curiae* or both of them have met or communicated with

ET APRÈS avoir pris acte des allégations de violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), avoir reconnu que le droit des appelants d'être informés de la preuve qui pèse contre eux et d'avoir la possibilité d'y répondre, y compris celui de bénéficier d'une représentation adéquate lors de l'audience à huis clos, sont des principes de justice fondamentale au regard de l'article 7 de la Charte, et avoir reconnu qu'il doit y avoir une solution de rechange adéquate qui remplace pour l'essentiel les intéressés dans le cadre de l'instance secrète : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 [précité], au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 [précité], au paragraphe 43;

ET APRÈS avoir reconnu que, dans une telle situation, la nomination d'*amici* aidera la Cour à se faire une opinion lors de l'audition des renseignements ou des autres éléments de preuve que l'intimé présentera en l'absence des appelants et du public, ainsi qu'à déterminer si leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

ET APRÈS avoir reconnu que la nomination des *amicus curiae* relève du pouvoir discrétionnaire de la Cour et que les juges désignés ayant pris part à des affaires semblables ont nommé un ou plusieurs *amici curiae* pour s'acquitter d'un tel mandat;

ÉTANT DONNÉ que le mandat des *amici* devra entre autres prévoir qu'ils rencontreront les appelants et leurs conseils et communiqueront avec eux afin de discuter des questions en litige et, à cette fin, que, si elles ne peuvent être tenues par téléphone, de telles réunions pourront avoir lieu à Vancouver conformément au mandat établi ci-après;

ÉTANT DONNÉ que les *amici* structureront leur mandat de manière à s'assurer qu'il n'y aura pas de doublement excessif du travail mais aussi qu'ils mettront tout en œuvre pour diviser ce travail de façon à respecter le calendrier établi dans la présente ordonnance;

ÉTANT DONNÉ qu'une fois qu'un ou les deux *amicus curiae* auront rencontré les appelants et leurs

the appellants and their counsel and then reviewed the confidential information, the Court will then consider proceeding with a closed case management hearing in the presence of counsel for the respondent and the *amici* and this hearing would then be held before the public case management hearing scheduled for November 14, 2019;

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Colin Baxter, of Conway Baxter Wilson LLP in Ottawa, Ontario and Mr. Gib van Ert of GIB VAN ERT LAW in Ottawa, Ontario and in Vancouver, British Columbia be appointed as *amici* in this matter and shall assist the Court in performing its statutory obligations under the SATA in a manner coherent with this order and should seek guidance from the presiding judge in this proceeding on a need-to basis and in any circumstances not provided for within the current order;
2. The *amici* shall have access to the confidential information in these appeals as determined by the Court;
3. In a timely manner, and until such time as the *amici* have had access to the confidential information and documents in this application, one of the *amici* (or two if deemed necessary) may meet or communicate with counsel for the appellants for the purpose of understanding matters of interest to the appellants in relation to the information and documents to be reviewed, including communicating with the appellants themselves, in the presence of their counsel, if counsel for the appellants and the *amici* believe it to be necessary and the appellants agree;
4. The appellants and their counsel may transmit to the *amici* a list of relevant questions or submissions the appellants would like the *amici* to raise and submit to the Court during the portion of the proceeding of these appeals which will be held

conseils ou communiqué avec eux et examiné par la suite les renseignements confidentiels, la Cour envisagera de procéder à une audience de gestion de l'instance à huis clos en la présence des avocats de l'intimé et des *amici*, et que cette audience aurait lieu avant la tenue de l'audience de gestion de l'instance publique prévue pour le 14 novembre 2019;

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. M. Colin Baxter, du cabinet Conway Baxter Wilson LLP, à Ottawa (Ontario), et M. Gib van Ert, du cabinet GIB VAN ERT LAW, à Ottawa (Ontario) et à Vancouver (Colombie-Britannique), sont nommés comme *amici* dans la présente affaire, aideront la Cour à s'acquitter des obligations que lui impose la LSDA d'une manière compatible avec la présente ordonnance et doivent demander conseil au juge qui présidera la présente instance s'ils en ressentent le besoin et en toutes circonstances non prévues dans l'ordonnance en vigueur;
2. Les *amici* auront accès aux renseignements confidentiels dont il est question dans les présents appels, selon ce qu'aura décidé la Cour;
3. En temps opportun, et en attendant que les *amici* aient eu accès aux renseignements et aux documents confidentiels dont il est question dans la présente demande, l'un des *amici* ou les deux s'ils l'estiment nécessaire peuvent se réunir ou communiquer avec les conseils des appelants dans le but de comprendre les sujets qui intéressent ces derniers, relativement aux renseignements et aux documents à examiner, ce qui inclut la possibilité de communiquer avec les appelants eux-mêmes, en présence de leurs conseils, si ces derniers et les *amici* croient qu'il est nécessaire de le faire et si les appelants sont d'accord;
4. Les appelants et leurs conseils peuvent transmettre aux *amici* une liste de questions ou d'observations pertinentes que les appelants aimeraient que les *amici* soulèvent et présentent à la Cour pendant la partie de l'audition des présents appels qui

- in the absence of the public and of the appellants and their counsel;
5. The *amici* shall then inform the Court and counsel in writing that he is ready to proceed with the review of the confidential material. The *amici* will also inform the Court and counsel once they have finished reviewing the confidential materials. Subsequently, if required, a closed case management hearing will be scheduled before November 14, 2019;
6. Once the *amici* have access to the confidential information in this application, the *amici* shall not have any communication with the appellants or their counsel without prior leave of the Court;
7. For clarity, paragraph 6 of this order does not prohibit counsel for the appellants from sending one-way communications to the *amicus* at any time during the proceeding, the receipt of which the *amici* may acknowledge;
8. Any communication between the appellants and their counsel, which is protected by solicitor/client or litigation privilege, will not lose that privilege if it is shared with the *amici*;
9. The *amici* will keep confidential from the appellants, their counsel, and any other persons not participating in the *in camera ex parte* hearing, all information and documents to which the *amici* has had access;
10. In assisting the Court, the *amici* may also:
- Review the confidential information;
  - Participate in the hearing to be held in private, make oral and written submissions, and examine the witnesses;
- se déroulera en leur absence ainsi qu'en l'absence de leurs conseils et du public;
5. Les *amici* informeront ensuite par écrit la Cour et les conseils qu'ils sont prêts à procéder à l'examen des renseignements et des documents confidentiels. Ils informeront également la Cour et les conseils lorsqu'ils auront fini d'examiner les renseignements et les documents confidentiels. Par la suite, au besoin, une audience de gestion de l'instance à huis clos sera fixée à une date antérieure au 14 novembre 2019;
6. Une fois qu'ils auront consulté les renseignements confidentiels dont il est question dans la présente demande, les *amici* ne pourront communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'après avoir obtenu au préalable l'autorisation de la Cour;
7. Par souci de clarté, le paragraphe 6 de la présente ordonnance n'interdit pas aux conseils des appelants de transmettre des communications unilatérales aux *amici* au cours de l'instance, et ces derniers peuvent accuser réception de ces communications;
8. Les communications entre les appelants et leurs conseils, lesquelles sont protégées par le privilège avocat-client ou le privilège relatif au litige, ne perdront pas ce privilège si elles sont partagées avec les *amici*;
9. Les *amici* préserveront la confidentialité de tous les renseignements et documents auxquels ils auront eu accès, en ne les communiquant pas aux appelants, ni à leurs conseils ou à quiconque ne prenant pas part à l'audience tenue à huis clos et *ex parte*;
10. Pour aider la Cour, les *amici* peuvent également :
- examiner les renseignements confidentiels;
  - participer à l'audience qui aura lieu en privé, présenter des observations orales et écrites et interroger les témoins;



- |  |  |
|--|--|
| <p>c. Attend any public hearing in respect of this application and, with leave of the Court, make submissions; and</p> <p>d. Assist in the preparation of summaries of information, if required.</p>                     | <p>c. assister à toute audience publique concernant la présente demande et, avec l'autorisation de la Cour, présenter des observations;</p> <p>d. aider à préparer les résumés des renseignements, le cas échéant.</p>                             |
| <p>11. The respondent will have a right of reply to any submission made by the <i>amici</i>;</p>   | <p>11. L'intimé aura le droit de répondre à toute observation que les <i>amici</i> formuleront;</p>  |
| <p>12. The respondent will pay reasonable fees and disbursements, including travelling expenses of each <i>amicus</i> if required and the <i>amici</i> will do their utmost to ensure that they shall be reasonable;</p> | <p>12. L'intimé paiera les honoraires et débours raisonnables, y compris les frais de déplacement, de chaque <i>amicus</i>, le cas échéant, et les <i>amici</i> feront leur possible pour faire en sorte que ces montants soient raisonnables;</p> |
| <p>13. The respondent and the <i>amici</i> may address the Court should there be any disagreements or misunderstandings on the reimbursement of the reasonable fees and disbursements of the <i>amici</i>;</p>           | <p>13. L'intimé et les <i>amici</i> peuvent s'adresser à la Cour en cas de désaccord ou de malentendu quant au remboursement des honoraires et des débours raisonnables des <i>amici</i>;</p>  |
| <p>14. The parties or the <i>amici</i> may apply to the presiding judge in this proceeding, on notice to the other participants, to vary the terms of this order.</p>  | <p>14. Les parties ou les <i>amici</i> peuvent présenter au juge qui présidera la présente instance, après en avoir avisé les autres participants, une demande de modification des conditions de la présente ordonnance.</p>                       |

Annex B

ORDER

UPON convening a public case management conference by teleconference on February 13, 2020, to discuss the preliminary legal issues arising out of the appeals as well as to discuss scheduling matters;

WHEREAS it is this Court's duty to ensure that the open court principle is respected as much as possible according to the circumstances and that the appellants are given an opportunity to be heard and reasonably informed throughout these proceedings;

WHEREAS it is this Court's duty to minimize the delay in which this appeal is decided;

Annexe B

ORDONNANCE

APRÈS AVOIR convoqué une conférence de gestion de l'instance publique par téléconférence le 13 février 2020 en vue de discuter des questions juridiques préliminaires découlant des appels ainsi que de questions liées au calendrier;

ATTENDU qu'il incombe à la Cour de veiller à ce que le principe de la transparence des procédures judiciaires soit autant que possible respecté eu égard aux circonstances et à ce que l'on donne aux appelants la possibilité d'être entendus et raisonnablement informés tout au long de la présente instance;

ATTENDU qu'il incombe à la Cour de réduire au maximum le délai dans lequel le présent appel est tranché;

HAVING heard from all counsel regarding the list of preliminary legal issues to be decided before moving forward to the next steps in the proceedings;

HAVING heard from all counsel regarding scheduling and concerns with regard to delay; and

UPON noting that an agreement was reached by all counsel with respect to the list of preliminary legal issues to be heard in this case and to the timing for the filing of written submissions:

THE COURT ORDERS that:

1. The appellants, the respondent, and the *amici curiae* shall provide written representations in response to the following legal issues:
  - i. Considering the role of the judge in an appeal pursuant to the *Secure Air Travel Act*, S.C. 2015, c. 20 s. 11 (SATA) and the fact that paragraph 16(6)(g) of the SATA provides that the judge must not base a decision on the information or evidence withdrawn by the Minister in File T-670-19:
    - (a) Should the designated judge and the *amici curiae* be allowed to see the withdrawn information?
    - (b) Should the designated judge and *amici curiae* be allowed to be informed of the reasons for which the Minister withdrew the information?
  - ii. Considering that paragraph 16(6)(g) of the SATA provides that the judge must return the withdrawn information to the Minister, should the Federal Court, as a superior court of record, retain a copy of the withdrawn information? If so, what steps should be taken by the registry to ensure that the withdrawn information is no longer part of the appeal

APRÈS avoir entendu tous les avocats au sujet de la liste des questions juridiques préliminaires à trancher avant les prochaines étapes de l'instance;

APRÈS avoir entendu tous les avocats au sujet du calendrier et des préoccupations relatives aux délais;

ET APRÈS avoir pris acte de l'entente à laquelle sont parvenus les avocats au sujet de la liste des questions juridiques préliminaires devant être examinées en l'espèce ainsi que des dates de dépôt des observations écrites;

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. Les appelants, l'intimé et les *amici curiae* fourniront des observations écrites en réponse aux questions juridiques suivantes :
  - i. Compte tenu du rôle que joue le juge dans le cadre d'un appel interjeté sous le régime de la *Loi sur la sûreté des déplacements aériens*, L.C. 2015, ch. 20, art. 11 (la LSDA) et du fait qu'aux termes de l'alinéa 16(6)g) de la LSDA le juge ne peut fonder sa décision sur les renseignements ou les éléments de preuve que le ministre a retirés dans le dossier T-670-19 :
    - a) Le juge désigné et les *amici curiae* devraient-ils être autorisés à voir les renseignements retirés?
    - b) Le juge désigné et les *amici curiae* devraient-ils être autorisés à être informés des raisons pour lesquelles le ministre a retiré les renseignements?
  - ii. Compte tenu du fait que l'alinéa 16(6)g) de la LSDA prévoit que le juge est tenu de remettre les renseignements retirés au ministre, la Cour fédérale, à titre de cour supérieure d'archives, devrait-elle conserver une copie des renseignements retirés? Dans l'affirmative, quelles mesures le greffe devrait-il prendre pour veiller à ce que les renseignements retirés ne

- 
- |   |  |
|---|--|
| book? When should the withdrawn information be returned to the Minister?  | figurent plus dans le dossier d'appel? Quand les renseignements retirés devraient-ils être remis au ministre?  |
| iii. Does the scheme under section 16 of the SATA allow for an <i>ex parte</i> hearing on the merits of the appeal? If so, what is the purpose of the <i>ex parte</i> hearing on the merits? What is the role of the <i>amicus curiae</i> in the <i>ex parte</i> hearing, and does it include the possibility of cross-examining witnesses?   | iii. Le régime que prévoit l'article 16 de la LSDA autorise-t-il la tenue d'une audience <i>ex parte</i> sur le fond de l'appel? Dans l'affirmative, quel est l'objet de cette audience? Quel rôle l' <i>amicus curiae</i> joue-t-il dans l'audience <i>ex parte</i> , et ce rôle inclut-il la possibilité de contre-interroger des témoins?   |
| iv. Is an <i>ex parte</i> hearing on the merits required in these appeals?  | iv. Est-il nécessaire de tenir une audience <i>ex parte</i> sur le fond dans les présents appels?  |
| 2. The respondent's submissions shall be provided on or before February 28, 2020;   | 2. L'intimé fournira ses observations avant le 28 février 2020 inclusivement;  |
| 3. The appellants and the <i>amici curiae</i> shall provide their submissions on or before March 20, 2020;  | 3. Les appelants et les <i>amici curiae</i> fourniront leurs observations avant le 20 mars 2020 inclusivement;   |
| 4. Counsel for the appellants shall make best efforts to share their submissions, or a draft version of such, to the <i>amici curiae</i> on or before March 16, 2020, in the interest of avoiding redundancy and to provide the <i>amici curiae</i> with the ability to better complement the submissions of the appellants in order to assist the Court in fulfilling its duties;  | 4. Les conseils des appelants feront de leur mieux pour remettre leurs observations, ou une ébauche de ces observations, aux <i>amici curiae</i> au plus tard le 16 mars 2020, par souci d'éviter toute redondance et d'offrir aux <i>amici curiae</i> la possibilité de compléter pour le mieux les observations des appelants de façon à aider la Cour à s'acquitter de ses obligations;   |
| 5. Pursuant to this Court's orders dated January 6, 2020, November 15, 2019, and October 7, 2019, the appellants may communicate their submissions to the <i>amici curiae</i> . However, the <i>amici curiae</i> may not communicate with the appellants nor their counsel, but to acknowledge receipt. Should the appellants or the <i>amici curiae</i> be of the opinion that communication between the <i>amici curiae</i> and the appellants or their counsel would be preferable, they may then seek prior leave of the Court; | 5. Conformément aux ordonnances de la Cour datées du 6 janvier 2020, du 15 novembre 2019 et du 7 octobre 2019, les appelants peuvent communiquer leurs observations aux <i>amici curiae</i> . Cependant, ces derniers ne peuvent communiquer avec les appelants ou leurs conseils qu'à des fins d'accusé de réception. Si les appelants ou les <i>amici curiae</i> sont d'avis qu'il serait préférable qu'il y ait des communications entre les <i>amici curiae</i> et les appelants ou leurs conseils, ils doivent demander l'autorisation de la Cour avant d'entrer en communication avec quiconque; |

- 
6. The respondent shall provide a reply to the submissions of the appellants and the *amici curiae*, if required, by March 27, 2020;
  7. Before April 3, 2020, the parties shall inform the Court in writing if a public hearing is required regarding these preliminary legal issues;
  8. Should the submissions to the preliminary legal issues contain sensitive information, the respondent, the *amici curiae*, and/or the Court may request an *ex parte* hearing;
  9. The scheduling of the *ex parte* cross-examination is postponed until a final decision is issued with respect to the list of preliminary legal issues;
  10. In the interest of limiting delay in this matter, the *amici curiae* and respondent will report to the Court about their discussions regarding the redactions in this case, in writing, on or before February 20, 2020.
6. L'intimé fournira une réponse aux observations des appelants et des *amici curiae*, le cas échéant, au plus tard le 27 mars 2020;
  7. Avant le 3 avril 2020, les parties feront savoir par écrit à la Cour s'il est nécessaire de tenir une audience publique au sujet des présentes questions juridiques préliminaires;
  8. Si les observations portant sur les questions juridiques préliminaires contiennent des renseignements de nature délicate, l'intimé, les *amici curiae* ou la Cour peuvent demander la tenue d'une audience *ex parte*;
  9. La date du contre-interrogatoire *ex parte* est reportée jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur la liste des questions juridiques préliminaires;
  10. Par souci de limiter les délais, les *amici curiae* et l'intimé feront part à la Cour de leurs discussions concernant les caviardages effectués en l'espèce, et ce, par écrit, au plus tard le 20 février 2020.