

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari,  
Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie,  
Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani,  
Steven Vikash Chand, Saad Khalid and Saad  
Gaya** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario and Canadian  
Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. AHMAD**

**2011 SCC 6**

File No.: 33066.

2010: March 18; 2011: February 10.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,  
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE ONTARIO SUPERIOR  
COURT OF JUSTICE

*Constitutional law — Validity of legislation — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether Parliament’s decision to limit superior courts from determining those questions impermissibly invades core jurisdiction of superior courts — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16 — Constitution Act, 1867, s. 96.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Section 38 scheme of Canada Evidence Act granting jurisdiction to Federal Court to determine questions of disclosure of information pertaining to international relations, national defence or national security — Whether attribution of jurisdiction to Federal Court impedes ability of superior court judges to ensure conduct of fair trial — Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Asad Ansari,  
Shareef Abdelhaleem, Mohammed Dirie,  
Jahmaal James, Amin Mohamed Durrani,  
Steven Vikash Chand, Saad Khalid et Saad  
Gaya** *Intimés*

et

**Procureur général de l’Ontario et Association  
canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. AHMAD**

**2011 CSC 6**

N° du greffe : 33066.

2010 : 18 mars; 2011 : 10 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,  
LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et  
Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE  
DE L’ONTARIO

*Droit constitutionnel — Validité de la loi — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l’art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — La décision du législateur de limiter le pouvoir des cours supérieures de trancher ces questions empiète-t-elle de manière inacceptable sur la compétence fondamentale de ces tribunaux? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Pouvoir de trancher les questions de divulgation de renseignements ayant trait aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale conféré à la Cour fédérale par le régime établi par l’art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L’attribution de ce pouvoir à la Cour fédérale empêche-t-elle les juges des cours supérieures de garantir un procès équitable? — Loi sur*

to 38.16 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7.

In June 2006, 18 people were arrested on the suspicion that they were plotting terrorist attacks. Ten of the eighteen people were scheduled to be tried before Dawson J. of the Ontario Superior Court of Justice. In March and June 2008, the Crown notified the Attorney General of Canada that the Superior Court proceedings might disclose potentially injurious or sensitive government information. The Attorney General brought the disclosure issue before the Federal Court pursuant to the s. 38 scheme of the *Canada Evidence Act*. Noël J. of the Federal Court ordered that the accused be designated as respondents in proceedings commenced by the Attorney General, that a hearing be held, and that notice be given to the Superior Court judge. The accused then brought an application in the Superior Court to challenge the constitutionality of the s. 38 scheme. The Federal Court halted its proceedings pending the resolution of that challenge. The Superior Court judge held that the scheme was unconstitutional as it violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and s. 7 of the *Charter*. He struck down the legislation to the extent that it conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court and asserted his own responsibility, as the Superior Court judge conducting the criminal trial, to decide any national security privilege issues that might arise in the course of the proceedings.

*Held:* The appeal should be allowed. Sections 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act* are constitutional.

This appeal concerns the potential conflict between two fundamental obligations of the state under our system of government: first, to protect society by preventing the disclosure of information that could pose a threat to international relations, national defence or national security; second, to prosecute individuals accused of offences against our laws. In the s. 38 scheme, Parliament has recognized that on occasion it may become necessary to choose between these objectives, but has laid out an elaborate framework to attempt, where possible, to reconcile them. Where the conflict is irreconcilable, an unfair trial cannot be tolerated. Under the rule of law, the right of an accused person to make full answer and defence may not be compromised. The s. 38 scheme preserves the full authority and independence of the judge presiding over the criminal trial to do justice between the parties,

*la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7.

En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées parce qu'on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. Dix des dix-huit suspects devaient subir un procès devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. En mars et en juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements gouvernementaux sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués dans le cadre d'instances devant la Cour supérieure de justice. Le procureur général a, conformément au régime établi par l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, soumis la question de la divulgation à la Cour fédérale. Le juge Noël de ce tribunal a ordonné que les accusés soient désignés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, qu'une audience soit tenue et qu'avis de celle-ci soit donné au juge de la Cour supérieure de justice. Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure de justice une demande visant à contester la constitutionnalité du régime établi par l'art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée. Le juge de la Cour supérieure de justice a conclu à l'inconstitutionnalité du régime établi par l'art. 38, parce qu'il violait l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 7 de la *Charte*. Il a invalidé la loi conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu'il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l'instance.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada* sont constitutionnels.

Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l'État dans notre système de gouvernement : premièrement, protéger la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales; deuxièmement, poursuivre les individus accusés d'infractions à nos lois. Dans le régime établi par l'art. 38, le législateur a reconnu qu'il peut à l'occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Le régime établi par l'art. 38 préserve pleinement l'indépendance et les pouvoirs du juge présidant

including, where he or she deems it necessary, to enter a stay of proceedings. While the statutory scheme of s. 38, particularly its division of responsibilities between the Federal Court and the criminal courts of the provinces, raises numerous practical and legal difficulties, properly understood and applied, it is constitutionally valid. The test in *Re Residential Tenancies Act, 1979* requires as a first step that an analysis be conducted as to whether the power conferred on a tribunal other than a s. 96 court broadly conforms to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of Confederation. It is true, of course, that the judiciary provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, it accepts for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend.

In 1867, Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information were generally considered by superior courts in Canada to be a matter of unreviewable executive prerogative. Given that the superior courts did not exercise any such power of review at the time of Confederation, the analysis under *Re Residential Tenancies Act, 1979* ends at the first question and there is no infringement of s. 96 under that test. Further, while it is true that a superior court's ability to adjudicate the constitutional issues that come before it forms a part of its core jurisdiction, the issue here is not properly characterized as the authority of the superior court to protect the integrity of its process. Rather, the issue relates to authority in relation to disclosure of material for which the security exemption is claimed. Characterized in that way, the s. 38 scheme does not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because it does not impede a court's power to remedy abuses of process. What is essential for constitutional purposes is that the criminal courts retain the ability to ensure that every person who comes before them as the subject of a criminal prosecution receives a fair trial. What is recognized in both s. 38.14 of the *CEA* and s. 24(1) of the *Charter* is that sometimes the only way to avoid an unfair trial is to have no trial at all. Through s. 38.14 and the *Charter*, the criminal court trial judge possesses the means to safeguard the accused's fair trial rights. However, the stay of proceedings remedy

le procès criminel d'assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d'ordonner l'arrêt des procédures, lorsqu'il estime une telle mesure nécessaire. Bien que le régime de l'art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, adéquatement compris et appliqué, ce régime est constitutionnel. Suivant l'analyse énoncée dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, il convient tout d'abord de se demander si le pouvoir conféré à un tribunal non établi en vertu de l'art. 96 correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l'art. 96. Sans avoir exploré à fond l'interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l'analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.

En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d'une prérogative de l'exécutif non susceptible de révision. Étant donné qu'à l'époque de la Confédération les cours supérieures n'exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable, l'analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question et il n'y a pas d'atteinte à l'art. 96 selon cette analyse. De plus, bien qu'il soit vrai que le pouvoir d'une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de sa compétence fondamentale, la question litigieuse en l'espèce ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l'intégrité de sa procédure. Elle porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l'égard desquels l'exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, le régime établi par l'art. 38 ne viole pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu'il n'empêche pas en soi un tribunal d'exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure. L'essentiel, sur le plan constitutionnel, c'est que les cours criminelles conservent la faculté de s'assurer que chaque personne qui comparait devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d'un procès équitable. Ce qui est reconnu à la fois à

in s. 38.14 is a statutory remedy to be considered and applied in its own context. It should not be limited by the non-statutory “clearest of cases” test for a stay under the *Charter* jurisprudence.

For similar reasons, the challenge to the legislation under s. 7 of the *Charter* also fails. The Federal Court judge’s sole concern under the scheme is the protection of the public interest in sensitive or potentially injurious information. If the Federal Court determines that the disclosure of the information at issue would be injurious to international relations or national defence or national security, then disclosure will only be ordered by that court if in its view the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (ss. 38.06(1) and (2) of the *CEA*). While the public certainly has an interest in the effective administration of justice, the s. 38 scheme recognizes that an unfair trial is not an option. The trial judge in this case was not deprived of the ability to adjudicate the *Charter* issues that flowed from the non-disclosure order. While it is true that the legislation deprives trial judges of the ability to order the disclosure or even their own inspection of material that is withheld pursuant to the s. 38 scheme, they retain the ability in the absence of such access to order whatever remedy pursuant to the *Charter* and s. 38.14 is required to protect the accused’s right to a fair trial. If the trial process resulting from the application of the s. 38 scheme becomes unmanageable by virtue of excessive gaps between the hearing of the evidence or such other impediments, such that the right of the accused to a fair trial is compromised, the trial judge should not hesitate to use the broad authority Parliament has conferred under s. 38.14 to put an end to the prosecution.

### Cases Cited

**Applied:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **discussed:** *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; **referred to:** *R. v. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII); *Charkaoui*

l’art. 38.14 de la *LPC* et au par. 24(1) de la *Charte*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès inéquitable est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. L’arrêt des procédures envisagé à l’article 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en limiter l’application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière prévu par la jurisprudence relative à la *Charte*.

Pour des raisons analogues, la contestation fondée sur l’art. 7 de la *Charte* doit elle aussi être rejetée. Sous le régime établi par l’art. 38, l’unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l’intérêt du public à l’égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non-divulgation (par. 38.06(1) et (2) de la *LPC*). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, le régime établi par l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. En l’espèce, le juge du procès n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non-divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu du régime établi par l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Si le processus judiciaire découlant de l’application du régime établi par l’art. 38 devient ingérable en raison soit d’intervalles excessifs dans l’audition de la preuve soit d’autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l’accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l’art. 38.14 pour mettre fin au procès.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêts analysés :** *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; **arrêts**

v. *Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, rev'd 2007 FCA 342, 370 N.R. 128; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Gugy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33; *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII); *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091.

### Statutes and Regulations Cited

*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 38 to 38.16, 39.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(b), (d), 24(1).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 96, 101.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.  
*Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5.

### Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy*, vol. 3, *The Relationship Between Intelligence and Evidence and the Challenges of Terrorism Prosecutions*. Ottawa: The Commission, 2010.  
 Canada. Justice. *The Anti-terrorism Act: Amendments to the Canada Evidence Act (CEA)* (online: <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp>).  
 Canada. Senate. *Proceedings of the Special Senate Committee on the Subject Matter of Bill C-36*, Issue No. 1, 1st Sess., 37th Parl., October 22, 2001, pp. 63-64.  
 Dawson, Eleanor. "The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National

*mentionnés* : *R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII); *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. par 2007 CAF 342 (CanLII); *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33; *Bradley c. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227; *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII); *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(b), (d), 24(1).  
*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96, 101.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 38 à 38.16, 39.  
*Loi sur la protection de l'information*, L.R.C. 1985, ch. O-5.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23.

### Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. *Le vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne*, vol. 3, *Relation entre le renseignement et la preuve et particularités des poursuites antiterroristes*. Ottawa : La Commission, 2010.  
 Canada. Justice. *La loi antiterroriste : Modifications à la Loi sur la preuve au Canada (LPC)* (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp>).  
 Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial spécial sur la Teneur du projet de loi C-36*, fascicule n° 1, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2001, p. 63-64.



Security”, Address at the University of Manitoba Faculty of Law, March 30, 2006.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 Linstead, Stephen G. “The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1” (1968-1969), 3 *Ottawa L. Rev.* 79.

APPEAL from a judgment of the Ontario Superior Court of Justice (Dawson J.) (2009), 257 C.C.C. (3d) 135, [2009] O.J. No. 6166 (QL), 2009 CarswellOnt 9311. Appeal allowed.

*Croft Michaelson and Nicholas E. Devlin*, for the appellant.

*John Norris and Breese Davies*, for the respondent Asad Ansari.

*Rocco Galati*, for the respondents Shareef Abdelhaleem and Amin Mohamed Durrani.

*Delmar Doucette*, for the respondent Steven Vikash Chand.

*Paul B. Slansky*, for the respondent Saad Gaya.

*Sarah T. Kraicer and Josh Hunter*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

No one appeared for the respondents Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Mohammed Dirie, Jahmaal James and Saad Khalid.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — This appeal concerns the potential conflict between two fundamental obligations of the state under our system of government: first, to protect society by preventing the disclosure of information that could pose a threat to international relations, national defence, or national security; and second, to prosecute individuals accused of offences against our laws. In s. 38 of the

Dawson, Eleanor. « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l’Université du Manitoba, 30 mars 2006.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Linstead, Stephen G. « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968-1969), 3 *R.D. Ottawa* 79.

POURVOI contre un jugement de la Cour supérieure de justice de l’Ontario (le juge Dawson) (2009), 257 C.C.C. (3d) 135, [2009] O.J. No. 6166 (QL), 2009 CarswellOnt 9311. Pourvoi accueilli.

*Croft Michaelson et Nicholas E. Devlin*, pour l’appelante.

*John Norris et Breese Davies*, pour l’intimé Asad Ansari.

*Rocco Galati*, pour les intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani.

*Delmar Doucette*, pour l’intimé Steven Vikash Chand.

*Paul B. Slansky*, pour l’intimé Saad Gaya.

*Sarah T. Kraicer et Josh Hunter*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Personne n’a comparu pour les intimés Fahim Ahmad, Zakaria Amara, Mohammed Dirie, Jahmaal James et Saad Khalid.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Le présent pourvoi concerne le conflit potentiel entre deux obligations fondamentales de l’État dans notre système de gouvernement : premièrement, celle de protéger la société en empêchant la divulgation de renseignements susceptibles de constituer une menace pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales; deuxièmement, celle de poursuivre

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 (“CEA”), Parliament has recognized that on occasion it may become necessary to choose between these objectives, but has laid out an elaborate framework to attempt, where possible, to reconcile them. At the heart of this appeal lies the respondents’ challenge to the constitutional validity of this provision. In their view, the scheme violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] We acknowledge at the outset that in some situations, the prosecution’s refusal to disclose relevant (if sensitive or potentially injurious) information in the course of a criminal trial may on the facts of a particular case prejudice the constitutional right of every accused to “a fair and public hearing” and the separately guaranteed right “to be tried within a reasonable time” (*Charter*, ss. 11(d) and (b), respectively). Where the conflict is irreconcilable, an unfair trial cannot be tolerated. Under the rule of law, the right of an accused person to make full answer and defence may not be compromised. However, s. 38, as we interpret it, preserves the full authority and independence of the judge presiding over the criminal trial to do justice between the parties, including, where he or she deems it necessary, to enter a stay of proceedings.

[3] In our view, for the reasons that follow, s. 38 itself (the text of which is attached hereto in the Appendix) provides enough flexibility to avoid the drastic result of a stay of proceedings in all but the most intractable of cases, as recently demonstrated in the *Air India* prosecution (*R. v. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII)). While the statutory scheme of s. 38, particularly its division of responsibilities between the Federal Court and the criminal courts of the provinces, raises numerous practical and legal difficulties, we are satisfied that s. 38, properly understood and applied, is constitutionally valid.

les individus accusés d’infractions à nos lois. À l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), le législateur a reconnu qu’il peut à l’occasion devenir nécessaire de choisir entre ces objectifs, mais il a conçu un cadre détaillé pour tenter de les concilier lorsque la chose est possible. La contestation par les intimés de la constitutionnalité de cette disposition se trouve au centre du présent pourvoi. Selon eux, le régime viole l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] Nous reconnaissons d’entrée de jeu que, dans certains cas, le refus par la poursuite de divulguer des renseignements pertinents (à cause de leur caractère sensible ou potentiellement préjudiciable) dans le cours d’un procès criminel peut, eu égard aux faits de l’instance, porter atteinte au droit constitutionnel de tout accusé à « un procès public et équitable » et au droit, garanti séparément, « d’être jugé dans un délai raisonnable » (*Charte*, al. 11d) et b), respectivement). Lorsque le conflit est insoluble, il ne saurait être question de tolérer un procès inéquitable. Suivant la primauté du droit, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas être compromis. Toutefois, selon l’interprétation que nous lui donnons, l’art. 38 préserve pleinement l’indépendance et les pouvoirs du juge présidant le procès criminel d’assurer la justice entre les parties, y compris son pouvoir d’ordonner l’arrêt des procédures, lorsqu’il estime une telle mesure nécessaire.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, nous sommes d’avis que l’art. 38 lui-même (dont le texte est reproduit en annexe) confère une latitude suffisante pour qu’il soit possible d’éviter la conséquence radicale de l’arrêt des procédures dans tous les cas sauf les plus problématiques, comme cela a été récemment démontré dans la poursuite *Air India* (*R. c. Malik*, 2005 BCSC 350 (CanLII)). Bien que le régime de l’art. 38, et en particulier le partage des responsabilités qui y est établi entre la Cour fédérale et les cours criminelles des provinces, soulève bon nombre de difficultés pratiques et juridiques, nous sommes convaincus que, adéquatement compris et appliqué, l’art. 38 est constitutionnel.

### A. Overview

[4] Parliament has allocated to judges of the Federal Court, on application, the responsibility to consider potentially injurious or sensitive information in respect of which national security is claimed and to determine whether, and under what conditions, it ought to be disclosed. Judges presiding at criminal trials cannot order disclosure to an accused of the withheld material. Nor, under current practices, are they generally given access to that material. And yet, both at common law and under s. 38 itself, it is trial judges, not the judges of the Federal Court, who are entrusted with the ultimate responsibility of protecting the accused's constitutional right to make full answer and defence. We were not referred to any other jurisdiction where this division of responsibility between different courts has been established in relation to criminal proceedings.

[5] Nevertheless, the question before us is not whether this jurisdictional *bifurcation* is unusual or undesirable as a matter of policy or inefficient as a matter of practice — it has been subject to considerable criticism — but whether it passes constitutional muster. That determination does not depend on whether bifurcation may in some instances lead to delays and inefficiencies in the trial process. Nor does it depend on whether a non-disclosure order will on occasion frustrate the prosecution of serious crimes. Rather, the constitutional validity of the scheme established by Parliament in s. 38 ultimately depends on whether it affords trial judges adequate means to prevent an unfair trial.

[6] Parliament has conferred on the Attorney General of Canada in s. 38.03 the power to withhold (or not withhold) relevant information from the criminal courts even where a Federal Court

### A. Aperçu

[4] Le Parlement a confié aux juges de la Cour fédérale la responsabilité d'examiner, sur demande, les renseignements potentiellement préjudiciables ou les renseignements sensibles à l'égard desquels est invoquée la sécurité nationale, puis de décider si ces renseignements doivent être divulgués et, en cas de réponse affirmative, à quelles conditions. Le juge qui préside un procès criminel ne peut pas ordonner la communication à l'accusé des renseignements visés par une ordonnance de non-divulgence. De plus, selon les pratiques actuelles, le juge n'a généralement pas non plus accès à ces renseignements. Pourtant, tant selon la common law que selon l'art. 38 lui-même, c'est aux juges présidant les procès, et non aux juges de la Cour fédérale, qu'a été confiée la responsabilité ultime de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière. On ne nous a fait état d'aucun autre endroit au monde où aurait été établi un tel partage de responsabilités entre différentes juridictions en matière de procédures criminelles.

[5] Néanmoins, nous sommes appelés à décider, non pas si cette *bifurcation* juridictionnelle est inhabituelle ou non souhaitable sur le plan politique ou inefficace sur le plan pratique — elle a fait l'objet de vives critiques — mais plutôt si sa validité constitutionnelle résiste à l'examen. Le fait que cette bifurcation puisse ou non retarder dans certains cas le déroulement du procès ou entraîner des inefficacités à ce chapitre n'entre pas en ligne de compte, non plus que le fait qu'une ordonnance de non-divulgence puisse ou non faire parfois obstacle à la poursuite de crimes graves. La constitutionnalité du régime établi par le législateur à l'art. 38 dépend plutôt, en dernière analyse, de la question de savoir s'il offre ou non au juge du procès des moyens suffisants pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable.

[6] À l'article 38.03, le législateur a conféré au procureur général du Canada le pouvoir d'interdire (ou de ne pas interdire) la divulgation aux cours criminelles de renseignements pertinents, même



judge has ordered such disclosure to be made. This is a drastic power which, for public policy reasons, Parliament has seen fit to confer on the most senior law officer of the Crown. At the same time, Parliament has recognized in s. 38.14 that while the judge presiding over the criminal trial is powerless to order production to himself or herself for review or divulcation to the accused of the undisclosed relevant information, the criminal court, and the criminal court alone, has the power to make any order considered necessary in order to protect the accused's right to a fair trial. This provision applies to provincial and superior court judges alike. The remedies that may be ordered include, but are not limited to, dismissal of specified counts, a finding against any party on any issue to which the undisclosed information relates, or a complete stay of proceedings.

[7] As we stated in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, the Court “has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual” (para. 58). But we took care in *Charkaoui* to stress as well the importance of the principle of fundamental justice that “a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the case to meet, and an opportunity to meet the case” (para. 61). *Charkaoui* was an immigration case. In criminal cases, the court's vigilance to ensure fairness is all the more essential. Nevertheless, as we interpret s. 38, the net effect is that state secrecy will be protected where the Attorney General of Canada considers it vital to do so, but the result is that the accused will, if denied the means to make a full answer and defence, and if lesser measures will not suffice in the opinion of the presiding judge to ensure a fair trial, walk free. While we stress this critical protection of the accused's fair trial rights, we also note that, notwithstanding serious criticisms of the operation of these provisions, they permit considerable flexibility as to how to reconcile the

lorsqu'un juge de la Cour fédérale en a ordonné la divulcation. Il s'agit là d'un pouvoir drastique que le législateur a jugé opportun, pour des considérations d'intérêt général, de confier au premier conseiller juridique de la Couronne. Du même coup, le législateur a reconnu à l'art. 38.14 que, bien que le juge présidant le procès criminel n'ait pas la possibilité d'ordonner que les renseignements pertinents non divulgués lui soient communiqués pour examen ou soient communiqués à l'accusé, la cour criminelle — et elle seule — possède le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Cette disposition s'applique aux juges des cours provinciales comme à ceux des cours supérieures. Une telle ordonnance peut, par exemple, annuler certains chefs d'accusation, être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulcation est interdite, ou encore déclarer l'arrêt complet des procédures.

[7] Comme nous l'avons affirmé dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, la Cour « a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulcation de renseignements à l'intéressé » (par. 58). Nous avons toutefois pris soin dans cet arrêt de souligner aussi l'importance du principe de justice fondamentale voulant qu'« une personne dont la liberté est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre » (par. 61). L'affaire *Charkaoui* relevait du droit de l'immigration. Dans les affaires criminelles, il est à plus forte raison essentiel que le tribunal veille à l'équité du procès. Néanmoins, selon l'interprétation que nous faisons de l'art. 38, l'effet net est le suivant : les secrets d'État seront protégés lorsque le procureur général du Canada juge vital qu'ils le soient, avec cependant pour résultat que, s'il se voit refuser les moyens de présenter une défense pleine et entière et si, de l'avis du juge, des mesures moindres ne sauraient suffire à garantir un procès équitable, l'accusé sera libre. Tout en insistant sur cette protection essentielle du droit de l'accusé à un procès équitable, nous signalons par ailleurs que, malgré

accused's rights and the state's need to prevent disclosure.

### B. Facts of This Prosecution

[8] In June of 2006, 18 people were arrested in the Greater Toronto Area on the suspicion that they were plotting terrorist attacks. The suspects were alleged to have conducted terrorist training camps in Ontario, to have amassed weapons, and to have made plans to storm Parliament, where they intended to behead politicians and detonate truck bombs in several locations.

[9] The accused were initially brought to the attention of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") by the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). On a number of occasions, CSIS provided the RCMP with information that had been gathered through surveillance and the use of informants. The June arrests were preceded by more than six months of investigative work by the RCMP's Integrated National Security Enforcement Team.

#### (1) *Proceedings in the Ontario Superior Court*

[10] Ten of the eighteen suspects were scheduled to be tried on terrorism-related offences before Dawson J. of the Ontario Superior Court of Justice. Extensive disclosure was provided to the accused prior to the preliminary inquiry, including more than 150,000 records and media files. Before this material was produced, however, significant redactions were made on the basis of objections raised under s. 38. For example, affidavits used to obtain judicial authorizations and warrants during the investigation of the accused were edited to conceal sensitive information.

[11] A preliminary inquiry began in June of 2007, but was aborted when a direct indictment was

les critiques sérieuses formulées à l'égard du fonctionnement de ces dispositions, elles permettent une souplesse considérable du point de vue de la conciliation des droits de l'accusé et de la nécessité pour l'État d'empêcher la divulgation de renseignements.

### B. Les faits relatifs aux présentes poursuites

[8] En juin 2006, 18 personnes ont été arrêtées dans la région du Grand Toronto parce qu'on les soupçonnait de comploter des attaques terroristes. On reprochait aux suspects d'avoir organisé des camps d'entraînement terroristes en Ontario, d'avoir accumulé des armes et d'avoir planifié de prendre d'assaut le Parlement, où ils projetaient de décapiter des politiciens et de faire exploser des camions piégés à différents endroits.

[9] Les accusés ont d'abord été signalés à l'attention de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») par le Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). À plusieurs reprises, le SCRS a fourni à la GRC des renseignements recueillis grâce à des opérations de surveillance et à des informateurs. Les arrestations de juin faisaient suite à une enquête de plus de six mois menée par l'Équipe intégrée de la sécurité nationale de la GRC.

#### (1) *Procédures devant la Cour supérieure de l'Ontario*

[10] Dix des dix-huit suspects devaient subir un procès pour des infractions liées au terrorisme devant le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Avant l'enquête préliminaire, il y a eu divulgation d'une quantité considérable de documents aux accusés, notamment plus de 150 000 dossiers et fichiers médias. Or, avant leur production, ces documents ont été copieusement caviardés par suite d'objections soulevées en vertu de l'art. 38. Par exemple, des affidavits ayant servi à obtenir des autorisations judiciaires et des mandats lors de l'enquête sur les accusés ont été altérés pour dissimuler des renseignements sensibles.

[11] Une enquête préliminaire a commencé en juin 2007, mais elle a été arrêtée lorsqu'on a choisi

preferred on September 24 of that year. At the preliminary inquiry, numerous objections were raised under s. 38 to prevent certain questions from being asked. In the judgment below, Dawson J. noted that those objections had not yet been resolved and would likely re-emerge at trial ((2009), 257 C.C.C. (3d) 135).

[12] Pre-trial motions began in May of 2008. At the time this case came before us, it was anticipated that the pre-trial motions would still take considerable time; Dawson J. estimated in his reasons that the pre-trial motions and jury trial combined would last anywhere from two and a half to five and a half years. Since this appeal was heard, however, the charges against all of the participating respondents have been resolved (at least at first instance). Seven of the respondents pleaded guilty while the remaining three were convicted in jury trials.

### (2) *Proceedings in the Federal Court*

[13] On March 20, 2008, and again on June 16, 2008, the Crown notified the Attorney General of Canada, as required by s. 38.01 of the *CEA*, that the Superior Court proceedings might disclose sensitive information. On December 12, 2008, Noël J. of the Federal Court issued an order under s. 38.04(5) directing that the accused be designated as respondents in proceedings commenced by the Attorney General, stating that a hearing was required, and ordering that notice be given to Dawson J.

[14] The accused then brought an application in the Superior Court to challenge the constitutionality of s. 38. The Federal Court halted its proceedings pending the resolution of that challenge.

### (3) *Decision of the Ontario Superior Court*

[15] Dawson J. held that the s. 38 scheme was unconstitutional. In the first place, he held that

de procéder par voie de mise en accusation directe, le 24 septembre de la même année. À l'enquête préliminaire, de nombreuses objections ont été soulevées en vertu de l'art. 38 dans le but d'empêcher que certaines questions soient posées. Dans le jugement visé par le présent pourvoi, le juge Dawson a souligné que ces objections n'avaient pas encore été tranchées et qu'elles allaient probablement être soulevées de nouveau au procès ((2009), 257 C.C.C. (3d) 135).

[12] L'instruction des requêtes préliminaires a commencé en mai 2008. Lorsque nous avons été saisis du présent pourvoi, il était prévu que ces requêtes pourraient prendre encore un temps considérable; dans ses motifs, le juge Dawson a estimé que les requêtes préliminaires et le procès devant jury dureraient en tout de deux ans et demi à cinq ans et demi. Mais depuis l'audition du pourvoi, les accusations portées contre tous les intimés participant ont abouti à une conclusion (du moins en première instance). Sept des accusés ont plaidé coupable, alors que les trois autres ont été déclarés coupables à l'issue de procès devant jury.

### (2) *Procédures devant la Cour fédérale*

[13] Le 20 mars 2008, et de nouveau le 16 juin 2008, la Couronne a avisé le procureur général du Canada, comme l'exige l'art. 38.01 de la *LPC*, de la possibilité que des renseignements sensibles soient divulgués dans le cadre d'instances devant la Cour supérieure. Le 12 décembre 2008, le juge Noël de la Cour fédérale a rendu, en vertu du par. 38.04(5), une ordonnance désignant les accusés intimés dans les procédures engagées par le procureur général, déclarant que la tenue d'une audience était nécessaire et intimant que le juge Dawson en soit avisé.

[14] Les accusés ont ensuite déposé à la Cour supérieure une demande visant à contester la constitutionnalité de l'art. 38. La Cour fédérale a suspendu ses procédures en attendant que cette contestation ait été tranchée.

### (3) *Décision de la Cour supérieure de l'Ontario*

[15] Le juge Dawson a conclu à l'inconstitutionnalité du régime établi par l'art. 38. Tout d'abord,

the scheme violated s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, because vesting exclusive jurisdiction over “privilege” determinations in the Federal Court interfered with the ability of superior court judges to “apply the Constitution”, which represented an invasion of the core jurisdiction of superior courts. Dawson J. further found that this interference constituted an unjustifiable infringement of s. 7 of the *Charter*. Accordingly, he held under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that the scheme was of no force and effect to the extent of its inconsistency with the Constitution. He struck down the legislative framework to the extent that it conferred exclusive jurisdiction on the Federal Court and asserted his own responsibility, as the superior court judge conducting the criminal trial, to decide any national security privilege issues that might arise in the course of the proceedings.

### C. Overview of the Statutory Scheme of Section 38 of the *Canada Evidence Act*

[16] We will address a number of aspects of s. 38 in some detail. To begin, a brief overview of the provisions will be of assistance.

[17] The s. 38 scheme provides a procedure to govern the use and protection of “sensitive” or “potentially injurious information”. Those expressions are defined in the Act as follows:

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

Section 38 places an obligation on all participants to a legal proceeding, as well as non-participating

il a jugé que ce régime violait l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce que le fait de conférer à la Cour fédérale compétence exclusive sur les décisions relatives à l’existence d’un [TRADUCTION] « privilège » portait atteinte à la capacité des juges des cours supérieures d’« appliquer la Constitution », et empiétait ainsi sur la compétence fondamentale des cours supérieures. Le juge Dawson a également conclu qu’il s’agissait d’une atteinte injustifiable à l’art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, il a jugé que, par application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le régime en question était inopérant dans la mesure où il était incompatible avec la Constitution. Il a invalidé les dispositions du régime conférant compétence exclusive à la Cour fédérale et déclaré qu’il lui appartenait, à titre de juge de la cour supérieure présidant le procès criminel, de statuer sur toute question de privilège liée à la sécurité nationale pouvant être soulevée dans le cadre de l’instance.

### C. Aperçu du régime établi par l’art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*

[16] Nous examinerons d’une façon relativement détaillée certains aspects de l’art. 38. Pour commencer, une brève description de ses dispositions sera utile.

[17] Le régime établi par l’art. 38 institue une procédure régissant l’utilisation et la protection des renseignements « sensibles » ou « potentiellement préjudiciables ». Ces termes sont définis ainsi dans la Loi :

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.

L’article 38 oblige tous les participants à une instance, ainsi que les fonctionnaires non participant,

officials, to notify the Attorney General of the possibility that sensitive or potentially injurious information will be disclosed (s. 38.01).

[18] Within 10 days of receiving notice, the Attorney General must make a decision with respect to disclosure (s. 38.03(3)). Under s. 38.03(1), the Attorney General may authorize disclosure at any time and pursuant to any conditions that are deemed fit. If the party who gave notice — for example, the provincial Crown — wishes to disclose the information at issue, it may enter an agreement with the Attorney General to do so under specified conditions (s. 38.031(1)). If the Attorney General has not authorized the unconditional disclosure of the information and no disclosure agreement has been reached, the disclosure issue may be taken before the Federal Court on the initiative of the Attorney General, the Crown, the accused (if he or she has been made aware of it), or any other person who seeks the disclosure of the protected information (s. 38.04).

[19] A designated judge of the Federal Court then decides whether it is necessary to hold a hearing on the matter and, if so, who should be given notice (s. 38.04(5)). The Attorney General is required to make representations to the court concerning the identity of any persons whose interests may be affected by the disclosure order (s. 38.04(5)(a)). Some of the evidence, the records, and the oral hearing will be *ex parte* (seen and heard only by the Attorney General and the designated judge), while some will be private (seen and heard by the parties to the proceedings, but not by the public).

[20] The designated judge must first determine if disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence, or national security. If the judge is of the view that no such injury would result, he or she may authorize disclosure (s. 38.06(1)). Otherwise, disclosure may be ordered only if the designated judge determines that the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (s. 38.06(2)). The

à aviser le procureur général du Canada de la possibilité que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables soient divulgués (art. 38.01).

[18] Dans les 10 jours suivant la réception de l'avis, le procureur général doit prendre une décision relative à la divulgation (par. 38.03(3)). Selon le par. 38.03(1), le procureur général peut à tout moment autoriser la divulgation et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées. Si la partie ayant donné l'avis — par exemple la Couronne provinciale — veut divulguer les renseignements en cause, elle peut conclure avec le procureur général un accord lui permettant de le faire à certaines conditions (par. 38.031(1)). Dans le cas où le procureur général n'a pas autorisé inconditionnellement la divulgation des renseignements et où aucun accord de divulgation n'a été conclu, la question de la divulgation peut être soumise à la Cour fédérale par le procureur général, la Couronne, l'accusé (s'il en a été informé) ou toute autre personne qui sollicite la divulgation des renseignements protégés (art. 38.04).

[19] Un juge désigné de la Cour fédérale décide ensuite s'il est nécessaire de tenir une audience et, dans l'affirmative, spécifie les personnes qui devraient en être avisées (par. 38.04(5)). Le procureur général est tenu de présenter à la cour des observations sur l'identité des personnes dont les intérêts sont touchés par l'ordonnance relative à la divulgation (al. 38.04(5)a)). La tenue de l'audience, l'audition de la preuve et l'examen du dossier se dérouleront en partie *ex parte* (c'est-à-dire seulement en présence du juge désigné et du représentant du procureur général) et en partie à huis clos (c'est-à-dire en présence des parties à la procédure, mais pas du public).

[20] Le juge désigné doit d'abord déterminer si la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. S'il conclut que la divulgation n'y porterait pas préjudice, il peut l'autoriser (par. 38.06(1)). Dans le cas contraire, il peut ordonner la divulgation seulement s'il détermine que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la



designated Federal Court judge may also impose conditions on disclosure and order that notification of the decision be given to any person (s. 38.07). It is the Crown's position that the division of responsibility between the Federal Court and the criminal trial courts is premised on the particular expertise of Federal Court judges in determining matters pertaining to national security.

[21] If a party wishes to contest the Federal Court order, it may be appealed to the Federal Court of Appeal, with the possibility of a further appeal to this Court (s. 38.09).

[22] Central to the scheme of s. 38 are two ministerial powers exercised by the Attorney General of Canada, one in relation to the disclosure or non-disclosure of potentially injurious or sensitive information and the other with respect to the conduct of prosecutions.

[23] First, s. 38.13 empowers the federal Attorney General to personally issue a certificate that prohibits disclosure even of information whose disclosure has been authorized by the Federal Court judge. This certificate is only subject to judicial review by a single judge of the Federal Court of Appeal, and that judge may only vary or cancel the certificate on the ground that the material it contains is not "information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity . . . or to national defence or national security" (ss. 38.13 and 38.131). In short, this narrow right of review provides no effective judicial means for challenging or correcting a debatable decision by the Attorney General in balancing the public interest in non-disclosure against the public and private interests in disclosure of the subject information.

[24] The validity of these powers has not been challenged in this case and, for present purposes, they must therefore be presumed to be constitutionally valid. That being so, we think it particularly difficult for the respondents to maintain that s. 38 is

non-divulgence (par. 38.06(2)). Le juge désigné de la Cour fédérale peut également assortir la divulgation de conditions et ordonner au procureur général d'aviser toute personne qui devrait l'être (art. 38.07). La Couronne soutient que le partage des responsabilités entre la Cour fédérale et les cours supérieures de juridiction criminelle est fondé sur l'expertise particulière des juges de la première sur les questions touchant la sécurité nationale.

[21] La partie qui souhaite contester l'ordonnance de la Cour fédérale peut interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale et, éventuellement, devant la Cour suprême (art. 38.09).

[22] Deux pouvoirs ministériels exercés par le procureur général du Canada sont au cœur du régime établi par l'art. 38 — l'un concerne la divulgation ou la non-divulgence de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles, et l'autre la conduite des poursuites.

[23] Premièrement, l'art. 38.13 donne au procureur général le pouvoir de délivrer personnellement un certificat interdisant même la divulgation de renseignements dont la divulgation a été autorisée par le juge de la Cour fédérale. Ce certificat n'est assujéti qu'au pouvoir de révision de la Cour d'appel fédérale, constituée dans ce cas d'un seul juge, qui peut modifier ou révoquer le certificat seulement s'il ne porte pas sur « des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère [. . .] ou qui concernent une telle entité [. . .] ni sur la défense ou la sécurité nationales » (art. 38.13 et 38.131). En bref, ce droit d'examen restreint n'offre aucun mécanisme judiciaire efficace permettant de contester ou de corriger une décision discutable prise par le procureur général quant à la recherche du juste équilibre entre les considérations d'intérêt général justifiant la non-divulgence des renseignements en question et les raisons d'intérêt public et privé justifiant leur divulgation.

[24] La validité de ces pouvoirs n'a pas été contestée en l'espèce et leur constitutionnalité doit donc être présumée pour les besoins du présent pourvoi. Pour ces raisons, l'argument des intimés — à savoir que l'art. 38 serait inconstitutionnel au motif que

unconstitutional on the theory that disclosure decisions are inherently judicial in nature. As we will demonstrate, this is neither historically nor legally correct. The subset of this argument — that it is unconstitutional to allocate disclosure decisions to the Federal Court instead of to the judges in the criminal courts — is equally untenable, for the same reasons.

[25] As we will see, however, this authority of the Attorney General of Canada to disclose or withhold disclosure of potentially injurious or sensitive information, and on what terms, largely independently of the regular Federal Court channel, comes at a price: the potential collapse of the prosecution, whether initiated federally or provincially.

[26] Turning to the second power, the prosecutorial authority of the Attorney General is further reinforced by s. 38.15(1), which authorizes the Attorney General to assume by *fiat* exclusive control of any prosecution in connection with which sensitive or potentially injurious information may be disclosed — even where the proceedings were instituted by a provincial Attorney General.

#### D. A Practical Approach to Section 38

[27] The respondents' submissions, like the judgment below, have all assumed that because the judge presiding at a criminal trial has no right of access to potentially injurious or sensitive material, such access will not normally occur. The respondents further argue that it would be impossible for the defence to demonstrate prejudice without knowing the nature of the material and that it would be impossible for the trial judge to fashion a just and appropriate remedy under s. 38.14 or s. 24(1) of the *Charter*. Properly interpreted and applied, however, s. 38 does not command this result.

les décisions relatives à la divulgation de nature sont intrinsèquement judiciaires — nous paraît particulièrement difficile à soutenir. Comme nous allons le démontrer, cet argument n'est ni historiquement ni juridiquement exact. Le sous-argument voulant qu'il soit inconstitutionnel de confier les décisions concernant la divulgation à la Cour fédérale plutôt qu'aux juges des cours criminelles est lui aussi insoutenable, et ce, pour les mêmes raisons.

[25] Comme nous le verrons, cependant, le pouvoir ainsi conféré au procureur général du Canada de divulguer des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables ou d'en interdire la divulgation, aux conditions qu'il fixe et dans une large mesure hors de la voie normale de la Cour fédérale, a un prix : le possible effondrement de la poursuite, qu'elle ait été engagée par les autorités fédérales ou les autorités provinciales.

[26] Deuxièmement, le par. 38.15(1) renforce encore davantage le pouvoir du procureur général en matière de poursuites, en ce qu'il autorise ce dernier à délivrer un *fiat* établissant sa compétence exclusive à l'égard de toute poursuite dans laquelle des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués — même lorsqu'elle a été engagée par le procureur général d'une province.

#### D. Approche pratique à l'égard de l'art. 38

[27] À l'instar du jugement visé par le présent pourvoi, les observations des intimés reposent sur le postulat suivant lequel, étant donné que le juge qui préside un procès criminel n'a aucun droit d'accès aux renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables, cet accès ne se réalisera normalement pas. Les intimés font également valoir qu'il serait impossible pour la défense de démontrer le préjudice subi par l'accusé sans connaître la nature des renseignements, et qu'il serait impossible pour le juge du procès d'établir une réparation convenable et juste au titre de l'art. 38.14 de la *LPC* ou du par. 24(1) de la *Charte*. Toutefois, adéquatement interprété et appliqué, l'art. 38 ne commande pas ce résultat.

[28] This Court has repeated on numerous occasions that “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 Parliament”: E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Moreover, “Parliament is presumed to have intended to enact legislation in conformity with the *Charter*”: *R. v. Hamilton*, 2005 SCC 47, [2005] 2 S.C.R. 432, at para. 75; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 33.

[29] We therefore begin from the proposition that, in the absence of clear and unambiguous statutory language to the contrary, the legislation must be understood not to contemplate that trial judges would determine the impact of non-disclosure on trial fairness in a manner that would result in granting unwarranted stays or declining to grant appropriate remedies. Parliament must have been aware of these potential injustices and cannot have intended either result.

[30] Lack of disclosure in this context cannot necessarily be equated with the denial of the right to make full answer and defence resulting in an unfair trial. There will be many instances in which non-disclosure of protected information will have no bearing at all on trial fairness or where alternatives to full disclosure may provide assurances that trial fairness has not been compromised by the absence of full disclosure. For example, in the *Air India* terrorism prosecution, the prosecution and the defence reached an agreement whereby the defence was allowed to inspect documents in the possession of CSIS after giving an undertaking not to disclose the contents to anyone without permission, including the accused. In a subsequently released report on the trial, lead prosecutor Robert Wright and defence counsel Michael Code reported that “in almost every instance defence counsel were able to conclude that the material was not relevant to the proceedings”: see the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182, *Air India Flight 182*:

[28] La Cour a maintes fois répété qu’[TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. De plus, « il faut présumer que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* » : *R. c. Hamilton*, 2005 CSC 47, [2005] 2 R.C.S. 432, par. 75; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 33.

[29] Nous partons donc du principe que, en l’absence de termes clairs et sans ambiguïté à l’effet contraire, il faut conclure que les dispositions en cause n’envisagent pas que le juge du procès statue sur l’incidence de la non-divulgence sur l’équité du procès d’une manière qui le conduirait à accorder un arrêt injustifié des procédures ou à refuser de prendre les mesures qui s’imposent. Le législateur devait être conscient de ces injustices potentielles et ne peut avoir voulu l’un ou l’autre de ces résultats.

[30] L’absence de divulgation dans le contexte qui nous intéresse ne se traduit pas nécessairement par une privation du droit à une défense pleine et entière entraînant un procès inéquitable. En effet, dans bien des cas la non-divulgence de renseignements protégés n’aura aucune incidence sur l’équité du procès, ou alors des mesures autres que la divulgation totale pourront garantir que l’équité du procès n’est pas compromise par l’absence de divulgation totale. Par exemple, dans l’affaire de l’attentat d’*Air India*, les avocats de la poursuite et ceux de la défense ont conclu un accord permettant aux seconds d’examiner des documents détenus par le SCRS, après s’être engagés à ne pas en divulguer le contenu à quiconque — y compris à l’accusé — sans permission. Dans un rapport publié à la suite du procès, le procureur principal Robert Wright et l’avocat de la défense Michael Code ont écrit que les avocats de la défense ont pu « dans presque tous les cas, conclure que les documents n’étaient pas pertinents quant à l’instance » : voir la Commission d’enquête relative aux mesures d’investigation

*A Canadian Tragedy* (“Air India Report”) (2010), vol. 3, at p. 152.

[31] We must presume that Parliament was aware of the possibility that proceedings would be needlessly stayed if the trial judge was denied access to material that could not be disclosed for valid reasons of state secrecy. In light of the vast resources expended in investigating and prosecuting offences that implicate national security and the injustice to society that would result if such prosecutions were needlessly derailed, this cannot have been Parliament’s intention.

[32] Nor can Parliament have intended that trial judges be presented with an inadequate record or incomplete picture that could lead them to conclude, erroneously, that trial fairness will be unimpaired. As stated, Parliament is presumed to intend to enact *Charter*-compliant legislation. Even more significantly, in this case, the presumption of constitutionality is reinforced by the existence of s. 38.14, which expressly indicates that the fair trial rights of the accused must be protected — not sacrificed — in applying the other provisions of the scheme. This provision also suggests a recognition by Parliament that it is ultimately the trial judge, having experience with the criminal proceedings and having heard all of the evidence adduced, who will be best placed to make remedial decisions following a s. 38 non-disclosure order.

[33] However, the public interest will only be served if the trial judge in the criminal proceedings is able to exercise his or her discretion with an adequate understanding of the nature of the withheld information. In other words, the drastic nature of the potential remedies specified in s. 38.14 leads us to the conclusion that Parliament expected trial judges to be provided with a sufficient basis of relevant information on which to exercise their

prises à la suite de l’attentat à la bombe commis contre le vol 182 d’Air India, *Le vol 182 d’Air India : Une tragédie canadienne* (« Rapport sur l’attentat d’Air India ») (2010), vol. 3, p. 171.

[31] Nous devons présumer que le législateur était conscient de la possibilité qu’un arrêt des procédures soit inutilement prononcé si le juge du procès se voyait refuser l’accès à des renseignements ne pouvant être divulgués pour des raisons valides ayant trait au secret d’État. Vu les ressources considérables investies dans les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions touchant la sécurité nationale, et l’injustice que causerait à la société un arrêt inutile des procédures dans les cas de cette nature, le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat.

[32] Le législateur n’a pu vouloir non plus que le juge du procès se voie présenter un dossier inadéquat ou un tableau incomplet de l’affaire, situations susceptibles de l’amener à conclure, à tort, que l’équité du procès ne sera pas compromise. Comme nous l’avons dit plus tôt, il faut présumer que le législateur entend adopter des textes conformes à la *Charte*. Considération plus importante encore, la présomption de constitutionnalité se trouve en l’espèce renforcée par l’existence de l’art. 38.14, qui précise explicitement que les droits de l’accusé à un procès équitable doivent être protégés — et non sacrifiés — dans le cadre de l’application des autres dispositions du régime. Cette disposition semble aussi indiquer que le législateur reconnaît que, comme le juge du procès est bien au fait de l’instance criminelle et de l’ensemble de la preuve produite, c’est en fin de compte ce dernier qui est le mieux placé pour prendre les mesures protectrices qui s’imposent par suite d’une ordonnance de non-divulgence rendue au titre de l’art. 38.

[33] Toutefois, l’intérêt public ne sera servi que si le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire dans l’instance criminelle en ayant une compréhension suffisante de la nature des renseignements non divulgués. Autrement dit, le caractère radical des mesures mentionnées à l’art. 38.14 nous amène à conclure que le législateur s’attendait à ce que le juge du procès se voie fournir suffisamment de renseignements pertinents pour être en

remedial powers judicially and to avoid, where possible (and appropriate), the collapse of the prosecution.

[34] Trial judges are under a duty to protect the accused's constitutional right to a full and fair defence quite apart from s. 38.14. The broad remedial discretion under s. 24(1) of the *Charter* already includes the power to order any of the remedies listed in s. 38.14 of the *CEA* to prevent an unfair trial. Yet Parliament has chosen to explicitly set out a number of statutory remedies that range from the finely tailored (i.e., dismissing specified counts of the indictment) to the very blunt (a complete stay of all proceedings). Dismissing a specified count of the indictment (or proceeding only on a lesser included offence) as suggested by the legislation, would generally require a thorough enough understanding of the s. 38 information to evaluate it against specific elements of the offences charged. Conversely, if the trial judge lacks that understanding, it will often be impossible to determine what charge, element or component of the defence that information might relate to. In such circumstances, the trial judge may have no choice but to enter a stay. This possibility was referred to in argument as putting the Attorney General and the trial courts in the dilemma of playing *constitutional chicken*, an outcome which a sensible interpretation of s. 38 will help to avoid.

[35] This leads us to the further observation that the stay of proceedings remedy in s. 38.14 is a statutory remedy to be considered and applied in its own context. It should not be burdened with the non-statutory "clearest of cases" test for a stay outlined in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297. The criminal court judge

mesure d'exercer judiciairement le pouvoir conféré par cette disposition et pour éviter, lorsque cela est possible (et opportun), l'effondrement de la poursuite.

[34] Le juge du procès a l'obligation de protéger le droit constitutionnel de l'accusé à une défense pleine et entière, et ce, pour des raisons tout à fait indépendantes de l'art. 38.14. Le large pouvoir discrétionnaire en matière de réparation établi au par. 24(1) de la *Charte* comporte déjà celui de rendre les ordonnances énumérées à l'art. 38.14 de la *LPC* afin d'empêcher la tenue d'un procès inéquitable. Pourtant, le législateur a choisi d'énoncer expressément dans la loi un certain nombre de mesures, qui vont de la solution finement ciselée (l'annulation d'un chef d'accusation d'un acte d'accusation) au remède draconien (l'arrêt complet de toutes les procédures). Le juge qui voudrait, comme le prévoit la disposition, annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation (ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation pour une infraction moins grave ou incluse) devra généralement avoir une compréhension suffisamment approfondie des renseignements non divulgués en vertu de l'art. 38 pour pouvoir les apprécier au regard d'éléments précis des infractions reprochées. À l'inverse, si le juge n'a pas cette compréhension, il lui sera souvent impossible de déterminer à quel chef d'accusation, élément de l'infraction ou aspect de la défense les renseignements peuvent se rattacher. Dans un tel cas, il risque de n'avoir d'autre choix que d'ordonner l'arrêt des procédures. On a évoqué lors des plaidoiries le fait que cette possibilité place le procureur général et les tribunaux de première instance devant le dilemme de l'*intimidation constitutionnelle*, résultat qu'une interprétation sensée de l'art. 38 contribuera à éviter.

[35] Cela nous amène à faire une autre observation. L'arrêt des procédures envisagé à l'art. 38.14 est une réparation prévue par un texte législatif, qui doit être considérée et appliquée dans le contexte qui lui est propre. Il ne faut pas en alourdir l'application en recourant au critère des « cas les plus manifestes » en telle matière, lequel n'est pas établi par un texte de loi mais a été exposé dans *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988]



may be placed in a position of trying to determine an appropriate remedy where lack of disclosure has made it impossible to determine whether proceeding with a trial in its absence would truly violate “the community’s sense of fair play and decency” (*Jewitt*, at p. 135). Nevertheless, the legislative compromise made in s. 38 will require a stay in such circumstances if the trial judge is simply unable to conclude affirmatively that the right to a fair trial, including the right of the accused to a full and fair defence, has not been compromised.

[36] With those observations in mind, we turn to an analysis of specific aspects of the s. 38 scheme.

(1) *The Trial Judge Ought to Receive Notice of a Section 38 Application*

[37] Parliament did not intend for trial judges to exercise their authority under s. 38.14 other than judicially. To this end, the Attorney General, as the chief law officer of the Crown, and the Crown prosecutor, pursuant to his or her duties of fairness, should take all steps available to them within the limits imposed by the legislation to provide trial judges with the information required to discharge both the duty to safeguard the fair trial rights of the accused as well as the obligation to Canadian society not to grant unwarranted stays of proceedings.

[38] Section 38.04(5)(b) contemplates that the Federal Court judge may proceed without a hearing simply on the representations of the Attorney General of Canada (or in defence matters the Minister of National Defence). It is only “if” the designated judge decides to proceed to a hearing that he or she will “determine who should be given notice of the hearing” (s. 38.04(5)(c)(i)).

1 R.C.S. 657; *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 et *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297. Il peut arriver que le juge de la cour criminelle se trouve dans la situation où il lui faut essayer de trouver quelle mesure est appropriée lorsque, du fait de l’absence de divulgation, il est impossible de déterminer si le déroulement du procès dans ces conditions porterait véritablement atteinte au « sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société » (*Jewitt*, p. 135). Néanmoins, le compromis législatif établi à l’art. 38 commandera l’arrêt des procédures dans de telles circonstances, si le juge du procès est tout simplement incapable de conclure positivement que le droit à un procès équitable — y compris le droit de l’accusé à une défense pleine et entière — n’a pas été compromis.

[36] Tout en gardant ces observations à l’esprit, passons maintenant à l’analyse de certains aspects particuliers du régime de l’art. 38.

(1) *Le juge du procès devrait être avisé de la présentation d’une demande fondée sur l’art. 38*

[37] Le législateur n’entendait pas que le juge du procès exerce autrement que d’une manière judiciaire le pouvoir que lui confère l’art. 38.14. À cette fin, le procureur général, en sa qualité de premier conseiller juridique de l’État, et le procureur de la Couronne, conformément à son devoir d’équité, doivent prendre tous les moyens dont ils disposent — dans les limites imposées par le texte de loi — afin de fournir au juge du procès les renseignements dont il a besoin pour s’acquitter à la fois de son obligation de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et de l’obligation qu’il a, envers la société canadienne, de ne pas ordonner sans justification l’arrêt des procédures.

[38] Selon l’alinéa 38.04(5)b), le juge de la Cour fédérale peut statuer sur la demande sans tenir d’audience, en se fondant uniquement sur les observations du procureur général du Canada (ou du ministre de la Défense nationale dans le cas d’une instance concernant celle-ci). C’est seulement « s’il » estime qu’une audience est nécessaire que le juge désigné « spécifie les personnes qui devraient en être avisées » (sous-al. 38.04(5)c)(i)).

[39] In the context of criminal proceedings, it is our view that unless the designated judge decides without a hearing that the information in question should be disclosed to the criminal court, there must be a hearing on the disclosure issues, and that s. 38.04(5) should be read as requiring notice to the criminal court that a s. 38 proceeding has been commenced in Federal Court. Although s. 38.04(5)(c)(i) may at first blush appear to grant Federal Court judges a wide discretion in determining who “should” be given notice, this Court has held in the past that “[e]nabling words are always compulsory where they are words [used] to effectuate a legal right”: *Labour Relations Board of Saskatchewan v. The Queen*, [1956] S.C.R. 82, at p. 87. Given that the criminal trial judge will require notice to effectively discharge the duty to protect the accused’s legal rights under the *Charter*, it will always be the case (subject of course to the other provisions of that Act) that he or she “should” be given notice. The word “may” in s. 38.07 will similarly be understood to require that notice of the Federal Court judge’s final order be given to the trial judge. Although the determination *whether* to give notice to a criminal trial judge is not discretionary, the *content* of that notice remains at the discretion of the designated judge. This will vary with the different circumstances of each case.

[40] Similarly, absent compelling reasons to the contrary, the Federal Court judge should generally order that notice of the existence of the proceedings in the Federal Court be given to the accused in the criminal trial. This is not the occasion for the Court to pronounce in detail on how the notice provisions in s. 38.04 interact with the s. 38.02 prohibition of disclosure of the existence of proceedings in the Federal Court. It is clear, however, that there is sufficient flexibility in the overall scheme to permit notice to be given whenever possible and appropriate.

[39] Dans le contexte d’une instance criminelle, nous sommes d’avis qu’une audience doit être tenue sur les questions relatives à la divulgation, à moins que le juge désigné décide, sans tenir d’audience, que les renseignements en cause devraient être divulgués à la cour criminelle. Nous sommes également d’avis que le par. 38.04(5) a pour effet d’exiger que la cour criminelle soit avisée du dépôt à la Cour fédérale d’une demande fondée sur l’art. 38. Bien que les juges de la Cour fédérale semblent à première vue se voir accorder par le sous-al. 38.04(5)c(i) une grande latitude pour déterminer les personnes qui « devraient » être avisées, notre Cour a statué par le passé que [TRADUCTION] « [I]es dispositions portant autorisation sont toujours obligatoires lorsqu’elles ont pour objet de reconnaître un droit » : *Labour Relations Board of Saskatchewan c. The Queen*, [1956] R.C.S. 82, p. 87. Comme le juge qui préside un procès criminel doit recevoir cet avis pour être en mesure de s’acquitter efficacement de son obligation de protéger les garanties juridiques reconnues à l’accusé par la *Charte*, il fera toujours partie (sous réserve évidemment des autres dispositions de la Loi) des personnes qui « devraient » être avisées. Le mot « peut » à l’art. 38.07 a lui aussi pour effet d’exiger que le juge du procès soit avisé de l’ordonnance définitive rendue par le juge de la Cour fédérale. Bien que la question de savoir *si* un avis doit être donné au juge du procès criminel n’ait pas un caractère discrétionnaire, le *contenu* de cet avis relève du pouvoir discrétionnaire du juge désigné. Ce contenu variera selon les circonstances de chaque cas.

[40] De même, sauf raisons impérieuses à l’effet contraire, le juge de la Cour fédérale doit généralement ordonner que la personne accusée dans le procès criminel soit avisée de l’existence de l’instance engagée en Cour fédérale. Le présent pourvoi n’est pas l’occasion pour la Cour de se prononcer en détail sur la façon dont les dispositions de l’art. 38.04 relatives aux avis interagissent avec l’interdiction de divulgation de l’existence d’une instance devant la Cour fédérale, que prévoit l’art. 38.02. Toutefois, il est clair que, globalement, le régime est suffisamment souple pour permettre que soit donné un avis à cet effet chaque fois qu’une telle mesure est possible et appropriée.

(2) *Empowering the Trial Judge to Exercise the Section 38 Discretion Judicially*

[41] The broad discretion conferred by s. 38 must be interpreted in accordance with the purpose of the legislation, which is to balance the public interest in secrecy against the public interest in the effective administration of a fair system of justice. This purpose requires that trial judges have the information required to discharge their duties under the *CEA* and the *Charter* in an informed and judicial manner.

[42] The notice given under s. 38.04(5) will trigger s. 38.14, at which point the trial judge will be bound to consider the impact of non-disclosure on trial fairness. In order to discharge this duty, the trial judge will require some information about the withheld information. In some cases, a summary may be sufficient, while in other instances, more extensive access will be required.

[43] As noted earlier, the Attorney General of Canada has the ultimate power to disclose — or refuse to disclose — relevant information under the s. 38.03(1) certificate power. This provision permits the Attorney General to make disclosure “at any time and subject to any conditions” of “all or part of the information”. Where a case is prosecuted by a provincial Crown, ss. 38.031 and 38.04(6) would allow the Crown to make an agreement with the Attorney General enabling the province to make partial or conditional disclosure of the information to the trial judge. If the Attorney General declines to do so, and in the result puts the trial judge in the position of having to consider a stay of the criminal proceedings, that is a decision for the Attorney General to make, having regard of course to the potential adverse consequences for the prosecution.

[44] Section 38 creates a scheme that is designed to operate flexibly. It permits conditional,

(2) *Le juge du procès doit être en mesure d'exercer judiciairement le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 38*

[41] Le pouvoir discrétionnaire étendu conféré par l'art. 38 doit être interprété en fonction de l'objet de la loi, à savoir la recherche du juste équilibre entre l'intérêt public en matière de secret d'État et l'intérêt public relatif à l'administration efficace d'un système de justice équitable. Cela suppose que le juge du procès dispose des renseignements nécessaires pour s'acquitter, de façon judiciaire et éclairée, des obligations que lui imposent la *LPC* et la *Charte*.

[42] L'avis donné en vertu du par. 38.04(5) déclenchera l'entrée en jeu de l'art. 38.14 et le juge du procès sera alors tenu de prendre en considération l'incidence de la non-divulgence sur l'équité du procès. Afin de s'acquitter de cette obligation, il aura généralement besoin de certaines informations au sujet des renseignements dont la divulgation est interdite. Dans certains cas, un résumé pourra suffire, alors que dans d'autres, un accès plus étendu aux renseignements sera nécessaire.

[43] Comme nous l'avons indiqué précédemment, le procureur général du Canada a le pouvoir ultime de divulguer — ou de refuser de divulguer — des renseignements pertinents en vertu du par. 38.03(1). Cette disposition lui permet d'autoriser « à tout moment » la divulgation « de tout ou partie des renseignements » selon les « conditions qu'il estime indiquées ». Lorsque des poursuites sont engagées par la Couronne provinciale, l'art. 38.031 et le par. 38.04(6) donnent à celle-ci la possibilité de conclure avec le procureur général un accord permettant à la province de divulguer les renseignements au juge du procès soit en partie, soit à certaines conditions. Si le procureur général refuse de procéder à la divulgation et que, pour cette raison, le juge du procès doit envisager l'arrêt des procédures criminelles, la décision appartiendra au procureur général, lequel devra bien sûr tenir compte des conséquences négatives possibles pour la poursuite.

[44] L'article 38 institue un régime que le législateur a voulu empreint de souplesse. Diverses

partial and restricted disclosure in various sections. Section 38.06(1) affirmatively requires the Federal Court judge to consider the public interest in making disclosure along with what conditions are “most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security” (s. 38.06(2)). In making this determination, the Federal Court judge may authorize partial or conditional disclosure to the trial judge, provide a summary of the information, or advise the trial judge that certain facts sought to be established by an accused may be assumed to be true for the purposes of the criminal proceeding. One example of how this might work in practice can be found in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, appeal allowed on other grounds, 2007 FCA 342, 370 N.R. 128, where the Federal Court judge disclosed a summary of the material being withheld under s. 38 to counsel for the parties, and directed that it be made available to the trial judge and prosecutor if necessary to determine whether the fair trial rights of the accused had been infringed (para. 187).

[45] The problems created by the division of judicial responsibilities may be addressed in different ways. For example, a Federal Court judge exercising the discretion conferred by s. 38.06(2) might find that the only condition required in order to authorize disclosure to the criminal court judge without risking injury to national security is that he or she not reveal the information to the accused, or a condition that the information be reviewed in a designated secure facility. Disclosure of the information to the trial judge alone, as is the norm in other jurisdictions, and for the sole purpose of determining the impact of non-disclosure on the fairness of the trial, will often be the most appropriate option. This is particularly true in light of the minimal risk of providing such access to a trial judge, who is entrusted with the powers and responsibilities of high public office.

dispositions autorisent une divulgation conditionnelle, partielle ou encore limitée. Le paragraphe 38.06(1) impose expressément au juge de la Cour fédérale l’obligation de tenir compte des raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation, ainsi que des conditions de divulgation « les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales » (par. 38.06(2)). Lorsqu’il rend sa décision, le juge de la Cour fédérale peut autoriser la divulgation partielle, ou assortie de certaines conditions, des renseignements au juge du procès, lui en fournir un résumé ou l’aviser que certains faits que l’accusé veut établir peuvent être tenus pour avérés pour les besoins du procès. On trouve un exemple de la façon dont les choses peuvent se passer dans la pratique dans *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, appel accueilli pour d’autres motifs, 2007 CAF 342 (CanLII). Dans cette affaire, le juge de la Cour fédérale a communiqué aux avocats des parties un résumé des renseignements dont la divulgation avait été interdite en vertu de l’art. 38, et ordonné que ce résumé soit mis à la disposition du poursuivant et du juge du procès au cas où il deviendrait nécessaire que ce dernier détermine s’il y avait eu atteinte au droit de l’accusé à un procès équitable (par. 187).

[45] Les problèmes que crée le partage des responsabilités entre les tribunaux peuvent être résolus de différentes manières. Par exemple, le juge de la Cour fédérale exerçant le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 38.06(2) pourrait estimer qu’il est possible d’autoriser la divulgation de renseignements au juge de la cour criminelle sans risquer de porter préjudice à la sécurité nationale, en posant comme seule condition que ce dernier ne divulgue pas les renseignements à l’accusé ou qu’il les examine dans un lieu protégé désigné. La divulgation des renseignements au juge du procès seulement, comme c’est la norme dans d’autres pays, et à seule fin de déterminer l’incidence de leur non-divulgation sur l’équité du procès, s’avérera souvent la solution la plus appropriée. Cela est particulièrement vrai si l’on tient compte du risque minimal que présente le fait de donner cet accès au juge présidant un procès, personne investie des pouvoirs et responsabilités d’une charge publique élevée.

[46] Crown counsel will also have an important role to play as the proceedings unfold. For example, if it becomes obvious to the Crown that non-disclosure under s. 38 will significantly and irreparably impact trial fairness, then the Crown itself ought normally to enter a stay of proceedings.

[47] Under some circumstances, the trial judge might conclude that it is not possible to assess the relevance of the withheld material without submissions from a counsel opposed in interest to the prosecution. In such a situation, the appointment of a security-cleared special advocate could prove to be beneficial if he or she is adequately informed of the matters in issue by authorization of the Attorney General of Canada under s. 38.03. In *Charkaoui*, we discussed the advantages and some disadvantages of resort to the special advocate systems employed in other contexts in Canada and (subsequently) in the United Kingdom. Since then, a statutory regime for special advocates has been created under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). While there are numerous criticisms of the special counsel procedure under the *IRPA*, and we do not by any means discount the weight of these criticisms, it is nevertheless the case that the assistance of a special counsel might be of considerable help (depending on the circumstances) to the judge presiding at a criminal trial attempting to determine the effect of s. 38 non-disclosure on what s. 38.14(1) itself describes as “protect[ion of the] right . . . to a fair trial”.

[48] In the *Air India Report*, the Honourable John C. Major, Q.C. (the “Commissioner”) noted that the *IRPA* regime “has led to the creation of a cadre of security-cleared lawyers with experience in matters involving national security confidentiality” (vol. 3, at pp. 167-68) and recommended that these special advocates be permitted to protect the accused’s interests during s. 38 applications. In reaching this conclusion, the Commissioner noted that there was extensive support before him for the use of special advocates in s. 38 proceedings: see

[46] Les avocats de la Couronne auront également un rôle important à jouer dans le déroulement de l’instance. Par exemple, s’il devient évident pour la Couronne que la non-divulgence de renseignements ordonnée en vertu de l’art. 38 portera atteinte à l’équité du procès de façon importante et irréparable, elle devrait normalement inscrire elle-même un arrêt des procédures.

[47] Dans certaines circonstances, le juge du procès pourrait conclure qu’il ne peut pas se prononcer sur la pertinence des renseignements visés par l’ordonnance de non-divulgence sans les observations d’un avocat opposé à la poursuite. La désignation d’un avocat spécial possédant une autorisation de sécurité pourrait alors se révéler utile si ce dernier est adéquatement informé de la question au moyen d’une autorisation donnée par le procureur général du Canada en vertu de l’art. 38.03. Dans l’arrêt *Charkaoui*, nous avons analysé les avantages et certains désavantages du recours au système de représentant spécial utilisé dans d’autres contextes au Canada et (ultérieurement) au Royaume-Uni. Depuis, un régime d’avocats spéciaux a été établi dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Si le mécanisme de l’avocat spécial établi dans la *LIPR* a fait l’objet de nombreuses critiques dont nous ne minimisons aucunement le poids, il n’en demeure pas moins que l’assistance d’un avocat spécial pourrait se révéler d’une très grande utilité (selon les circonstances) pour le juge qui préside le procès criminel et qui tente de déterminer l’effet de la non-divulgence ordonnée sous le régime de l’art. 38 sur ce que le par. 38.14(1) lui-même décrit comme la « prot[ection du] droit [. . .] à un procès équitable ».

[48] Dans le rapport sur l’attentat d’Air India, l’honorable John C. Major, c.r. (le « commissaire »), a signalé que le régime établi par la *LIPR* « a donné lieu à la création d’un groupe d’avocats chevronnés ayant une habilitation de sécurité dans des poursuites mettant en cause des questions de confidentialité pour raisons de sécurité nationale » (vol. 3, p. 188) et a recommandé que ces avocats spéciaux soient autorisés à protéger les droits de l’accusé dans le cadre des demandes fondées sur l’art. 38. En arrivant à cette conclusion, le commissaire a souligné



Air India Report, at pp. 167-69 (citing the recommendations of the House of Commons and Senate committees that reviewed the operation of the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, as well as submissions from the Federation of Law Societies of Canada, the Canadian Bar Association, and the Criminal Lawyers' Association, and also noting that the Federal Court has already appointed security-cleared *amici curiae* to assist it in s. 38 proceedings).

[49] We recognize that the procedural flexibility of the s. 38 scheme allows for arrangements (such as the one that was reached between the prosecution and the defence in the *Malik* prosecution previously discussed), whereby defence counsel might be allowed to access the withheld material on an undertaking not to disclose it to the accused. However, we would urge caution in resorting to such procedures. In *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389, we noted that even where the client's consent is obtained, arrangements of this nature will "at best, strain the necessary relationship between defence counsel and their accused clients" (para. 45). At worst, such arrangements may place lawyers in a conflict between their duty to represent the best interests of their client and their duty to honour the undertakings they have given with respect to the privileged information, such that they are forced to withdraw their representation (para. 46).

[50] The flexible procedures under s. 38 may be contrasted with the inflexible treatment of Cabinet confidences in s. 39(1) at issue in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, which states:

**39.** (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying

que le recours à des avocats spéciaux dans le cadre de procédures relatives à l'art. 38 bénéficiait d'un appui généralisé : voir le rapport sur l'attentat d'Air India, p. 188-190 (citant les recommandations des comités de la Chambre des communes et du Sénat ayant examiné le fonctionnement de la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, de même que les observations de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, de l'Association du Barreau canadien et de la Criminal Lawyers' Association, et mentionnant également que la Cour fédérale a déjà nommé des *amici curiae* ayant l'habilitation de sécurité voulue pour l'aider dans des procédures fondées sur l'art. 38).

[49] Certes, nous reconnaissons qu'en raison de sa souplesse procédurale le régime de l'art. 38 autorise la conclusion d'accords (tel celui intervenu entre la poursuite et la défense dans l'affaire *Malik* examinée plus haut) susceptibles de donner aux avocats de la défense accès aux renseignements visés par l'interdiction de divulgation, moyennant leur engagement de ne pas les divulguer à l'accusé. Toutefois, nous recommandons la prudence dans le recours à cette procédure. Dans *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389, nous avons signalé que, même dans le cas où le client y a consenti, des accords de cette nature mettraient « à rude épreuve, dans le meilleur des cas, la relation qui doit nécessairement s'établir entre eux et leurs clients accusés » (par. 45). Dans le pire des cas, ils pourraient placer les avocats en situation de conflit entre leur devoir de défendre au mieux les intérêts de leur client et celui de respecter leur engagement à l'égard des renseignements protégés, ce qui les obligerait à se retirer du dossier (par. 46).

[50] La souplesse des procédures prévues par l'art. 38 contraste avec la rigidité de la règle établie au par. 39(1) à l'égard des renseignements confidentiels du Cabinet, dont il était question dans *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, et qui est rédigée ainsi :

**39.** (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un

in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

The absolute language of s. 39 is intended to oust the developing common law approach to Cabinet confidences, which allows courts to balance the public interest in protecting confidentiality against the public interest in disclosure: *Babcock*, at paras. 19-23. We recognize that there are important substantive differences between the different disclosure provisions contained in the *CEA*. Nonetheless, one would expect Parliament to have used similarly clear language if it had intended to preclude the trial judge's access to at least a summary of the type of information that is subject to a s. 38 challenge.

(3) *The Section 38 Process May Proceed in Stages Before the Criminal Trial Judge*

[51] It will always be left to trial judges to determine whether they have a sufficient basis on which to exercise their remedial discretion judicially. If, under the arrangements that are made, there is simply not enough information to decide whether or not trial fairness has been materially affected, the trial judge must presume that the non-disclosure order has adversely affected the fairness of the trial, including the right of the accused to make full answer and defence. In such a case, rather than proceed directly to issuance of a stay, the Crown should be advised accordingly. The Attorney General will then have an opportunity to make further and better disclosure under the Attorney General certificate procedure to address the trial judge's concerns. If no (or inadequate) additional information can be provided to the trial judge, a stay of proceedings will be the presumptively appropriate remedy.

renseignement, tenu d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

La formulation absolue de l'art. 39 vise à écarter l'application des règles changeantes de la common law en matière de renseignements confidentiels du Cabinet, qui permettent aux tribunaux de mettre en balance l'intérêt du public dans la protection de la confidentialité des renseignements du Cabinet et l'intérêt du public dans la divulgation de ces renseignements (*Babcock*, par. 19 à 23). Nous reconnaissons l'existence de différences de fond importantes entre les diverses dispositions de la *LPC* régissant la divulgation. Néanmoins, on aurait pu s'attendre à ce que le législateur s'exprime de façon aussi claire s'il avait voulu empêcher le juge du procès d'avoir accès à tout le moins à un résumé du type de renseignements visés par une contestation fondée sur l'art. 38.

(3) *Le processus prévu à l'art. 38 peut se dérouler par étapes devant le juge président le procès criminel*

[51] Il appartiendra toujours au juge du procès de décider s'il dispose de suffisamment d'informations pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire en matière de réparation. Si les renseignements qui lui sont fournis en vertu des accords conclus ne lui permettent tout simplement pas de déterminer s'il y a eu une incidence véritable sur l'équité du procès, le juge du procès devra présumer que l'ordonnance de non-divulgation y a porté atteinte, et a notamment compromis le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Dans un tel cas, il devrait en informer la Couronne plutôt que d'ordonner directement l'arrêt des procédures. Le procureur général aura alors la possibilité de répondre aux préoccupations du juge en procédant à une divulgation plus poussée et de meilleure qualité en vertu de la procédure relative au certificat du procureur général. Si aucun autre renseignement ne peut être transmis au juge du procès (ou si les nouveaux renseignements pouvant être fournis sont inadéquats), l'arrêt des procédures sera vraisemblablement la réparation indiquée.

[52] It bears repeating that although stays of proceedings pursuant to the common law and the *Charter* are considered to be extraordinary in nature, they are an expressly contemplated remedy under s. 38.14 to protect the fair trial rights of the accused from the adverse impact of non-disclosure. As we have outlined above, if the legislation is applied flexibly and in light of what the trial judge requires to exercise his or her discretion judicially, and with the sense of fairness to be expected from the Attorney General and the prosecutor, stays of proceedings that, unknown to the trial judge, are not in fact warranted should be rare. Trial judges should almost always be given enough information to either order a more finely tailored remedy or, where appropriate, to conclude that no remedy is necessary. However, the *Charter* requires, and the legislation acknowledges, that where the government is withholding information and the trial judge is unable to satisfy himself or herself that non-disclosure has not adversely affected trial fairness, and no lesser step or remedy can assure it, a stay of proceedings under s. 38 must issue. Doubt, in this respect, should be resolved in favour of protecting the fair trial rights of the accused, including the right of full answer and defence.

[53] As a final note, we would add that although the trial judge will retain the discretion to decide when to order a remedy, the impact on violations or abuses “on the fairness of the trial . . . is often best assessed in the context of the trial as it unfolds”: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 27.

E. The Constitutional Analysis in Light of the Foregoing Interpretation of Section 38

[54] Having interpreted the relevant legislation, we now return to the constitutional issues before us.

[52] Il convient de répéter que, bien qu'un arrêt des procédures fondé sur la common law ou la *Charte* soit considéré comme une mesure extraordinaire, il s'agit cependant d'une ordonnance expressément prévue à l'art. 38.14 afin de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable contre les effets préjudiciables de la non-divulgaration. Comme nous l'avons expliqué précédemment, si la loi est appliquée avec souplesse et en fonction de l'information dont le juge du procès a besoin pour exercer judiciairement son pouvoir discrétionnaire, et si le procureur général et le poursuivant font preuve du sens de l'équité auquel on est en droit de s'attendre, les arrêts de procédures qui, à l'insu du juge du procès, ne seraient en fait pas justifiés devraient demeurer chose rare. Le juge du procès devrait dans presque dans tous les cas se voir donner suffisamment de renseignements pour être en mesure soit de rendre une ordonnance plus finement adaptée, soit de conclure, lorsque cela est indiqué, qu'aucune mesure protectrice n'est nécessaire. Selon la *Charte* toutefois — situation d'ailleurs reconnue par les dispositions en cause —, l'arrêt des procédures doit être ordonné en vertu de l'art. 38 dans les cas où le gouvernement interdit la divulgation de renseignements et où le juge du procès est incapable de se convaincre que cette absence de divulgation n'a pas porté atteinte à l'équité du procès, et où aucune mesure moins radicale ne permettrait de le garantir. Lorsqu'il existe un doute à cet égard, il doit être résolu en faveur de la protection du droit de l'accusé à un procès équitable, y compris le droit de celui-ci à une défense pleine et entière.

[53] En terminant, nous tenons à préciser que bien que le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il convient d'ordonner une mesure protectrice, il sera souvent « préférable de trancher cette question [l'effet des violations ou des abus sur l'équité du procès] au fur et à mesure du déroulement du procès » : *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 27.

E. Analyse constitutionnelle à la lumière de l'interprétation qui précède de l'art. 38

[54] Après avoir interprété les dispositions législatives pertinentes, nous revenons à l'analyse des questions constitutionnelles qui nous sont soumises.

(1) *Section 38 Does Not, as Correctly Interpreted, Violate Section 96 of the Constitution Act, 1867*

[55] A major focus of the argument before us was the trial judge's inability to access the material that is the subject of a non-disclosure order under s. 38. In cases where the trial proceeds before a superior court judge, the respondents contend, and Dawson J. accepted, that s. 38 interferes with the ability of superior court judges to "apply the Constitution" and protect the s. 7 rights of accused persons. This, the respondents submit, offends s. 96 of the *Constitution Act, 1867* by impermissibly transferring these responsibilities to the Federal Court, a non-section 96 tribunal, and by invading the "core jurisdiction" of superior courts. It also, in their submission, violates s. 7 of the *Charter*.

[56] There are three short answers to these submissions: superior courts historically did not have the jurisdiction to review Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information of state; such authority is not within the protected core of superior court jurisdiction; and the challenged provisions do not prevent a trial judge presiding over a criminal prosecution from protecting the fair trial rights of an accused. Inability to rule on production does not infringe s. 96 or s. 7.

[57] It is true, of course, that the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867* create substantive constitutional limitations on Parliament's ability to confer powers on courts or tribunals other than those established under s. 96. Although the Court has not fully explored the interaction of ss. 96 and 101, we accept for present purposes (without deciding) that the constitutional analysis proceeds as the respondents contend.

(1) *Adéquatement interprété, l'art. 38 ne viole pas l'art. 96 de la Loi constitutionnelle de 1867*

[55] Devant nous, le débat a dans une large mesure porté sur l'incapacité du juge du procès d'avoir accès aux renseignements visés par une ordonnance de non-divulgence rendue au titre de l'art. 38. Dans le cas où le procès a lieu devant un juge d'une cour supérieure, les intimés prétendent — argument qu'a retenu le juge Dawson — que l'art. 38 entrave la capacité des juges d'une telle cour d'[TRADUCTION] « appliquer la Constitution » et de protéger les droits garantis aux accusés par l'art. 7. Il porte ainsi atteinte, d'affirmer les intimés, à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en transférant illégitimement ces responsabilités à la Cour fédérale, tribunal dont la création ne relève pas de l'art. 96, et en empiétant sur la « compétence fondamentale » des cours supérieures. Selon eux, il viole en plus l'art. 7 de la *Charte*.

[56] Il existe trois courtes réponses à ces arguments : historiquement, les cours supérieures n'avaient pas compétence pour examiner les raisons invoquées par la Couronne pour refuser la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou sensibles concernant l'État; ce pouvoir ne fait pas partie de la compétence fondamentale des cours supérieures; les dispositions attaquées n'empêchent pas le juge qui préside un procès criminel de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. L'incapacité de statuer sur la production de renseignements ne contrevient ni à l'art. 96 ni à l'art. 7.

[57] Il est vrai, bien sûr, que les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire créent des limites substantielles de nature constitutionnelle restreignant la capacité du législateur de conférer des pouvoirs à des tribunaux judiciaires ou autres qui ne sont pas établis en vertu de l'art. 96. Sans avoir exploré à fond l'interaction des art. 96 et 101, la Cour tient pour acquis, pour les besoins du présent pourvoi (et sans pour autant statuer sur la question), que l'analyse constitutionnelle est conforme à la thèse des intimés.

[58] They submit that to determine whether a conferral of power on a tribunal other than a s. 96 court violates s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, one first applies the test set out by Dickson J. (as he then was) in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, and as developed in the subsequent cases. In brief, the test asks (1) whether the power conferred broadly conforms to a power or jurisdiction exercised by a superior, district or county court at the time of Confederation; (2) if so, whether the power is a judicial power; and (3) if so, whether the power is either subsidiary or ancillary to a predominantly administrative function or necessarily incidental to such a function: *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186, at para. 74.

[59] Applying this test, there is no violation of s. 96 in this case. As noted in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, the first question requires a historical inquiry into “whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation” (p. 734). As the Court later noted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, “if the power in question does not conform to one exercised by a superior court in 1867, the inquiry ends” (para. 12). Notably, the power must also have been exercised exclusively by superior courts at Confederation. For example, if jurisdiction was concurrent between superior and inferior courts, the inquiry will still end at the first stage of the *Residential Tenancies* test: *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238.

[60] In 1867, Crown claims to refuse disclosure of potentially injurious or sensitive information

[58] Ils soutiennent que, pour déterminer si l’octroi de pouvoirs à un tribunal non établi en vertu de l’art. 96 viole cet article de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il faut d’abord appliquer l’analyse qui a été formulée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, et précisée dans la jurisprudence subséquente. En résumé, cette analyse comporte les trois questions suivantes : (1) Est-ce que le pouvoir conféré correspond généralement à un pouvoir ou à une compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? (2) Dans l’affirmative, s’agit-il d’un pouvoir judiciaire? (3) Si oui, est-ce que ce pouvoir est complémentaire ou accessoire d’une fonction principalement administrative ou nécessairement accessoire d’une telle fonction? (*Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*), [1996] 1 R.C.S. 186, par. 74).

[59] L’application de cette analyse amène à conclure qu’il n’y a pas atteinte à l’art. 96 en l’espèce. Comme il est mentionné dans l’arrêt *Renvoi sur la loi de 1979 sur la location résidentielle*, pour répondre à la première question, le tribunal doit se livrer à une recherche historique et déterminer « si le pouvoir ou la compétence correspond [. . .] au pouvoir ou à la compétence qu’exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération » (p. 734). Comme l’a plus tard indiqué notre Cour dans *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, « si le pouvoir en question n’est pas conforme à celui exercé par une cour supérieure en 1867, l’enquête s’arrête là » (par. 12). Soulignons que le pouvoir doit en outre avoir été exercé exclusivement par les cours supérieures au moment de la Confédération. Par exemple, si les cours supérieures et les tribunaux inférieurs exerçaient une compétence concurrente, l’enquête s’arrêtera aussi à la première étape de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle : Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238.

[60] En 1867, les motifs invoqués par la Couronne pour refuser de divulguer des renseignements



were generally considered by superior courts in Canada to be a matter of unreviewable executive prerogative: *Gugy v. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (Q.B.); *Bradley v. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.). See, generally, S. G. Linstead, “The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1” (1968-1969), 3 *Ottawa L. Rev.* 79. While the law has since evolved away from this exceptionally deferential approach (see, e.g., *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, and *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637), the respondents’ argument that s. 38 is constitutionally vulnerable because it removes part of the historical jurisdiction of the superior courts is misconceived. Given that the superior courts did not exercise any such power of review at the time of Confederation, the analysis under the *Residential Tenancies Act, 1979* ends at the first question; there is no infringement of s. 96 under that test. We note that the Ontario Court of Appeal reached the same conclusion in *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII), though in the context of pre-trial discovery in a civil action.

[61] However, even though the grant of power passes the *Residential Tenancies* test, it will be unconstitutional if the legislation purports to confer exclusive jurisdiction respecting a matter within the core jurisdiction of s. 96 courts: *MacMillan Bloedel*, at paras. 27-28. A power that is “integral” to the operation of superior courts is part of the “core or inherent jurisdiction” that cannot be stripped from the superior court (para. 15) without violating s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. An element of the superior court’s “inherent jurisdiction” is the power to enforce its own orders and maintain its dignity and respect (paras. 33 and 37). In *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56, Lamer C.J. further refined the definition of the “core” jurisdiction, stating that it included

potentiellement préjudiciables ou sensibles étaient généralement considérés par les cours supérieures du Canada comme relevant d’une prérogative de l’exécutif non susceptible de révision : *Gugy c. Maguire* (1863), 13 L.C.R. 33 (B.R); *Bradley c. McIntosh* (1884), 5 O.R. 227 (C.P.). Voir, de façon générale, S. G. Linstead, « The Law of Crown Privilege in Canada and Elsewhere — Part 1 » (1968-1969) 3 *R.D. Ottawa* 79. Bien que le droit se soit depuis écarté de cette déférence exceptionnelle (voir, p. ex., *R. c. Snider*, [1954] R.C.S. 479 et *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637), l’argument des intimés selon lequel l’art. 38 est vulnérable sur le plan constitutionnel parce qu’il enlève aux cours supérieures une partie de leur compétence historique est mal fondé. Étant donné que les cours supérieures n’exerçaient aucun pouvoir de contrôle semblable à l’époque de la Confédération, l’analyse prescrite par le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* se termine à la première question : il n’y a pas d’atteinte à l’art. 96 selon cette analyse. Nous constatons que la Cour d’appel de l’Ontario a tiré la même conclusion dans l’arrêt *Abou-Elmaati c. Canada (Attorney General)*, 2011 ONCA 95 (CanLII), quoique dans le contexte d’une enquête préalable dans une action civile.

[61] Même dans le cas où l’attribution de pouvoir satisfait à l’analyse établie dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, elle sera toutefois inconstitutionnelle si le législateur entendait conférer une compétence exclusive sur une question relevant de la compétence fondamentale des tribunaux constitués en vertu de l’art. 96 : *MacMillan Bloedel Ltd.*, par. 27-28. Un pouvoir qui « fait partie intégrante » du fonctionnement des cours supérieures appartient à la « compétence fondamentale ou inhérente » qu’on ne peut leur retirer (par. 15) sans violer l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un élément de la « compétence inhérente » de la cour supérieure est le pouvoir de [TRADUCTION] « faire observer sa propre procédure et de maintenir sa dignité et le respect qui lui est dû » (par. 33 et 37). Dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, au par. 56, le juge en chef Lamer a précisé encore davantage la définition de compétence « fondamentale », affirmant ce qui suit :

... only critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system.

The respondents contend that s. 38 has the effect of removing the core jurisdiction of a s. 96 court to safeguard the fair trial rights of an accused.

[62] It is true that a superior court's ability to adjudicate the constitutional issues that come before it forms a part of the essential core described by Lamer C.J. in the cases cited above. However, our view is that this is not what is truly in issue in this case. Proper characterization of the subject matter of the challenged power is critical.

[63] *MacMillan Bloedel* insisted that “[a] proper characterization [of the subject matter] for s. 96 purposes must be narrow and consider the nature of the dispute” (para. 25). Similarly in *Babcock*, at paras. 58-61, where the constitutional challenge related to the non-disclosure of Cabinet confidences under s. 39 of the *CEA*, the Court precisely characterized the dispute as a “superior court[’s ability] to compe[l] disclosure of Cabinet [and Privy Council] confidences” (para. 58), not the much broader formulation as to whether s. 39 limited the “courts’ ability to control their own process” (para. 59).

[64] The issue here is not properly characterized as the authority of the superior court to protect the integrity of its process; that authority is acknowledged by Parliament in s. 38.14. Rather, the issue here relates to authority in relation to disclosure of material for which the security exemption is claimed. When the issue is characterized in that way, as it was in *Babcock*, s. 38 of the *CEA* does not violate s. 96 of the *Constitution Act, 1867* because it does not “in and of itself, impede a court’s power to remedy abuses of process” (*Babcock*, at para. 60).

... [elle] ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique.

Selon les intimés, l’art. 38 a pour effet d’enlever à un tribunal constitué en vertu de l’art. 96 la compétence fondamentale que constitue la protection du droit de l’accusé à un procès équitable.

[62] Il est vrai que le pouvoir d’une cour supérieure de statuer sur les questions constitutionnelles qui lui sont soumises fait partie de la compétence fondamentale décrite par le juge en chef Lamer dans les décisions susmentionnées. Nous sommes cependant d’avis que ce n’est pas véritablement de cela qu’il est question dans le présent pourvoi. Il est donc essentiel de bien qualifier l’objet du pouvoir contesté.

[63] Dans *MacMillan Bloedel*, la Cour a insisté sur le fait qu’« [u]ne bonne qualification [de l’objet du litige] aux fins de l’art. 96 doit être restrictive et tenir compte de la nature du litige » (par. 25). De même, aux par. 58 à 61 de l’arrêt *Babcock*, affaire dans laquelle la contestation constitutionnelle portait sur la non-divulgence de renseignements confidentiels du Cabinet en vertu de l’art. 39 de la *LCP*, la Cour a qualifié précisément le litige comme ayant trait à [TRADUCTION] « la possibilité pour une cour supérieure d’ordonner la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet et du Conseil privé » (par. 58) et non à la question beaucoup plus large de savoir si l’art. 39 portait atteinte à la « capacité [d’une cour supérieure] de contrôler sa propre procédure » (par. 59).

[64] En l’espèce, le litige ne concerne pas à proprement parler le pouvoir de la cour supérieure de protéger l’intégrité de sa procédure; ce pouvoir a été reconnu par le législateur à l’art. 38.14. Il porte plutôt sur le pouvoir relatif à la divulgation de renseignements à l’égard desquels l’exemption relative à la sécurité est invoquée. Lorsque la question est définie ainsi, comme elle l’était dans *Babcock*, l’art. 38 de la *LPC* ne viole pas l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu’il « n’empêche pas en soi un tribunal d’exercer son pouvoir de remédier aux abus de procédure » (*Babcock*, par. 60).

[65] What is essential for constitutional purposes is that the criminal courts retain the ability to ensure that every person who comes before them as the subject of a criminal prosecution receives a fundamentally fair trial. What is recognized in both s. 24(1) of the *Charter* and s. 38.14 of the *CEA* is that sometimes the only way to avoid an “[un]fair” trial is to have no trial at all. As we have explained, through s. 38.14 and the *Charter*, the criminal court trial judge possesses the means to safeguard the accused’s fair trial rights.

(2) *Division of Judicial Responsibilities Does Not Infringe Section 7*

[66] For similar reasons, the respondents’ s. 7 challenge to the legislation must also fail.

[67] In the court below, Dawson J. held that the removal of the disclosure determination from the criminal courts to the Federal Court and his inability to review the withheld information had the effect of “preventing th[e Superior Court] from protecting and enforcing the rights of an accused to disclosure and to full answer and defence” (para. 11). Dawson J. held that the resolution of the disclosure issue and the determination of whether there had been a violation of the accused’s right to timely disclosure as guaranteed by s. 7 of the *Charter* were “so fundamentally intertwined” that they could not be separated (para. 101). In his view, an “incorrect” non-disclosure order by the Federal Court would likely result in a violation of the accused’s s. 7 rights. He concluded that depriving the Superior Court of the ability to resolve the privilege issue in the usual way necessarily prevented him from determining whether there was a breach of the accused’s *Charter* rights. With respect, we disagree.

[65] L’essentiel, sur le plan constitutionnel, c’est que les cours criminelles conservent la faculté de s’assurer que chaque personne qui comparait devant elles pour répondre à des accusations criminelles jouisse d’un procès fondamentalement équitable. Ce qui est reconnu à la fois au par. 24(1) de la *Charte* et à l’art. 38.14 de la *LPC*, c’est que parfois la seule façon d’éviter un procès « [in]équitable » est qu’il n’y ait pas de procès du tout. Comme nous l’avons expliqué, le juge d’une cour criminelle dispose, grâce à l’art. 38.14 et à la *Charte*, des moyens de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable.

(2) *Le partage des responsabilités entre les tribunaux ne porte pas atteinte à l’art. 7*

[66] Pour des raisons analogues, la contestation des intimés fondée sur l’art. 7 doit elle aussi être rejetée.

[67] Le juge Dawson de la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que le retrait aux cours criminelles, en faveur de la Cour fédérale, du pouvoir de statuer sur la question de la divulgation, ainsi que l’impossibilité pour lui d’examiner les renseignements visés par l’interdiction de divulgation ont eu pour effet d’[TRADUCTION] « empêcher l[la Cour supérieure de justice] de protéger et faire respecter les droits de l’accusé en matière de divulgation et de défense pleine et entière » (par. 11). Selon le juge Dawson, la décision relative à la divulgation des renseignements et celle de savoir s’il y a eu violation du droit de l’accusé à la communication de la preuve en temps utile — garanti par l’art. 7 de la *Charte* — étaient des questions [TRADUCTION] « si inextricablement liées » qu’elles ne pouvaient être dissociées (par. 101). À son avis, une ordonnance de non-divulgation « mal fondée » prononcée par la Cour fédérale porterait vraisemblablement atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7. Il a jugé que le fait de priver la Cour supérieure de justice du pouvoir de statuer de la façon habituelle sur la question relative au privilège l’empêchait nécessairement de déterminer s’il y avait atteinte aux droits reconnus à l’accusé par la *Charte*. Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge Dawson, nous ne partageons pas cet avis.

[68] Parliament's understanding of the respective roles of judges conducting criminal trials and Federal Court judges is perhaps best understood by reference to the following exchange made before the Special Senate Committee on the Subject Matter of Bill C-36, Issue No. 1, 1st Sess., 37th Parl., October 22, 2001:

**Mr. Piragoff:** . . . The certificate issued by the Attorney General, which other senators have asked about, would be the ultimate guarantee that information such as sources of information and names of informers would not be made public.

. . . .

**Senator Kelleher:** Would we not be hit by the judge? That is my concern.

**Mr. Piragoff:** The legislation recognizes that if the Attorney General exercises power to withhold information, the trial judge could assess the impact of not having that information upon a trial. That could involve dismissing the case.

Other amendments try to get as much information to that trial judge as possible. The Federal Court judge will try, for example, to make an edited copy or indicate that for the purposes of a trial, certain facts may be assumed to exist to try to keep the trial alive, but it is up to the trial judge in the provincial court who is conducting a murder trial to finally rule on whether there could be a fair trial without the information. That is at that judge's discretion, not at the Federal Court's discretion.

**Senator Kelleher:** That is what troubles me.

**Mr. Piragoff:** We are now balancing two issues. We are balancing the interests of the state to protect information and the interests of the accused to have a fair trial, which is protected by the Charter. There may be situations where both of those cannot be reconciled and it then becomes a question of whether the prosecution of the individual or the protection of the information is more important in a particular situation. That is a difficult choice, but it is a stark choice that may have to be made sometimes. [Emphasis added; pp. 63-64.]

The Federal Court judge's sole concern under the scheme is the protection of the public interest in sensitive or potentially injurious information. If the Federal Court determines that the disclosure of the

[68] Pour bien comprendre la façon dont le législateur conçoit le rôle respectif des juges qui président les procès criminels et des juges de la Cour fédérale, il convient sans doute de se reporter à l'échange suivant, qui a eu lieu devant le Comité sénatorial spécial sur la teneur du projet de loi C-36, fascicule n<sup>o</sup> 1, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> lég., 22 octobre 2001 :

**M. Piragoff :** . . . Le certificat émis par le procureur général, au sujet duquel d'autres sénateurs ont posé des questions, sera la garantie ultime que des renseignements tels que les sources d'information et les noms des informateurs ne seront pas divulgués.

. . . .

**Le sénateur Kelleher :** Le juge ne va pas nous taper dessus? C'est ce qui m'inquiète.

**M. Piragoff :** La loi reconnaît que, si le procureur général exerce le pouvoir de retenir des renseignements, le juge de première instance peut évaluer les conséquences que la non-divulgence des renseignements en question peut avoir sur un procès. Cela pourrait entraîner un non-lieu.

D'autres modifications visent à communiquer le maximum de renseignements à ce juge de première instance. Le juge de la Cour fédérale essaiera, par exemple, de préparer une copie aseptisée ou dira qu'aux fins du procès, on peut supposer l'existence de certains faits. Mais dans un procès pour meurtre, par exemple, c'est au juge de première instance de la Cour provinciale qu'il revient de décider s'il est possible de tenir un procès équitable sans les renseignements en question. C'est laissé à la discrétion du juge et non pas de la Cour fédérale.

**Le sénateur Kelleher :** C'est ce qui m'inquiète.

**M. Piragoff :** Il y a deux choses qui entrent en ligne de compte. Il y a, d'une part, l'intérêt de l'État à protéger certains renseignements et d'autre part, l'intérêt de l'accusé à avoir un procès équitable, un droit qui est protégé par la Charte. Il peut arriver que les deux intérêts ne puissent pas être conciliés et il s'agit alors de voir si, dans les circonstances, il est plus important de poursuivre l'intéressé ou de protéger les renseignements. C'est un choix difficile, mais il peut être parfois nécessaire de le faire. [Je souligne; p. 63-64.]

Sous le régime établi par l'art. 38, l'unique souci du juge de la Cour fédérale consiste à protéger l'intérêt du public à l'égard des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Si la Cour fédérale

information at issue would be injurious to international relations or national defence or national security, then disclosure will only be ordered by that court if in its view the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure (ss. 38.06(1) and (2)). While the public certainly has an interest in the effective administration of justice, or “keep[ing] the trial alive”, s. 38 recognizes that an unfair trial is not an option. Dawson J. was not deprived of the ability to adjudicate the *Charter* issues that flowed from the non-disclosure order. While it is true that the legislation deprives trial judges of the ability to order the disclosure or even their own inspection of material that is withheld pursuant to s. 38, they retain the ability in the absence of such access to order whatever remedy pursuant to the *Charter* and s. 38.14 is required to protect the accused’s right to a fair trial. When it enacted s. 38 of the *CEA*, Parliament was aware that limiting the trial judge’s power to order disclosure may lead to the imposition of a more drastic remedy than might otherwise be justified. In s. 38.14, Parliament chose to live with that possibility by explicitly contemplating in such circumstances a stay of proceedings.

(3) *The Policy Debate Is Not Before Us*

[69] The Attorney General argues, at para. 104 of its factum, that s. 38 strikes a “careful and sensitive balance” between the government’s need for secrecy and the protection of individual rights by dividing jurisdiction between Federal Courts and trial courts on the basis of each forum’s expertise. He points to the fact that the Federal Court has dealt with national security matters for more than 20 years under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, as well as other legislation, such as that governing immigration and refugee matters.

conclut que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, elle ordonnera cette mesure seulement si elle estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur celles justifiant leur non-divulgation (par. 38.06(1) et (2)). Bien que le public ait certes intérêt à ce que la justice soit administrée efficacement, en d’autres mots à ce que [TRADUCTION] « le procès suive son cours », l’art. 38 reconnaît qu’il est hors de question de tenir un procès inéquitable. Le juge Dawson n’a pas été privé du pouvoir de trancher les questions relatives à la *Charte* soulevées par l’ordonnance de non-divulgation. Il est vrai que les dispositions en cause privent le juge du procès de la possibilité d’ordonner la divulgation, et même de la possibilité d’examiner personnellement les renseignements écartés en vertu de l’art. 38, mais il n’en conserve pas moins — malgré l’absence d’accès à ces renseignements — la possibilité d’ordonner, en vertu de la *Charte* et de l’art. 38.14, toute mesure nécessaire pour protéger le droit de l’accusé à un procès équitable. Lorsqu’il a adopté l’art. 38 de la *LPC*, le législateur savait que, en limitant le pouvoir du juge du procès d’ordonner la divulgation, il ouvrait la voie à l’imposition d’une mesure plus draconienne que ce qui pourrait autrement être justifié. Il a choisi, à l’art. 38.14, d’accepter cette possibilité en prévoyant expressément, en pareilles circonstances, l’arrêt des procédures.

(3) *La Cour n’est pas saisie du débat de politique générale*

[69] Au paragraphe 104 de son mémoire, le procureur général soutient que l’art. 38 établit un [TRADUCTION] « équilibre juste et délicat » entre la nécessité de protéger les secrets d’État et la protection des droits individuels en répartissant la compétence à cet égard entre les Cours fédérales et les juridictions de première instance, et ce, en fonction de l’expertise des unes et des autres. Il souligne le fait que la Cour fédérale statue depuis plus de 20 ans sur des questions de sécurité nationale sous le régime de la *Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, et d’autres lois, telle celle régissant les questions d’immigration et de protection des réfugiés.



[70] The Attorney General also points out that there are a limited number of designated judges at the Federal Court who deal with issues of national security. These designated judges frequently meet to discuss national security issues, new developments in the jurisprudence and best practices. He says that they have developed relevant programs concerning privacy, human rights and national security, in conjunction with judges from other jurisdictions and scholars (see E. Dawson, “The Federal Court and the Clash of the Titans: Balancing Human Rights and National Security”, Address at the University of Manitoba Faculty of Law (March 30, 2006)). All proceedings that implicate national security issues are conducted in a secure facility in the National Capital Region. This facility contains a secure registry for storing confidential information, secure offices and computers and secure hearing rooms. Every staff member who is involved in a national security proceeding has a Top Secret level security clearance and is bound by the *Security of Information Act*, R.S.C. 1985, c. O-5, to permanently maintain the secrecy of classified information.

[71] Be that as it may, the bifurcation of criminal proceedings has come under heavy criticism from judges, lawyers and academics. Most notably, in the recently released Air India Report, the Commissioner concluded that “[t]he present two-court system used in deciding section 38 applications is out of step with systems in other democracies” and “has demonstrated unequivocally that it is a failure” (p. 160). The Commissioner recommended to the government that the two-court system be abolished and that national security confidentiality determinations be left to Superior Court judges (pp. 160 and 165). The ultimate fate of this recommendation is not yet known.

[72] We note that the Commissioner’s concerns were largely tied to the inability of trial judges to

[70] Le procureur général souligne également que seul un nombre limité de juges désignés de la Cour fédérale statuent sur des questions de sécurité nationale. Ces juges désignés se rencontrent fréquemment pour discuter de ces questions, ainsi que des récents développements jurisprudentiels et des meilleures pratiques à adopter à cet égard. Le procureur général explique qu’ils ont élaboré des programmes pertinents dans les domaines de la protection des renseignements personnels, des droits de la personne et de la sécurité nationale de concert avec des juges d’ailleurs et des universitaires (voir E. Dawson, « La Cour fédérale et le choc des titans : Concilier les droits de la personne et la sécurité nationale », présentation à la Faculté de droit à l’Université du Manitoba (30 mars 2006)). Toutes les procédures où il est question de sécurité nationale se déroulent dans un lieu sécurisé de la région de la capitale nationale. On y trouve un registre sécurisé servant au stockage des renseignements confidentiels, ainsi que des bureaux, ordinateurs et salles d’audience sécurisés. Chaque membre du personnel qui joue un rôle dans une procédure touchant la sécurité nationale détient une habilitation de sécurité de niveau très secret et est tenu par la *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C. 1985, ch. O-5, de protéger en permanence le caractère confidentiel des renseignements classifiés.

[71] Quoi qu’il en soit, la bifurcation des procédures criminelles a fait l’objet de critiques sévères de la part de juges, d’avocats et d’auteurs de doctrine. De façon plus particulière, dans le rapport récemment publié sur l’attentat d’Air India, le commissaire a conclu que « [l]e régime dualiste appliqué actuellement pour statuer sur les demandes fondées sur l’article 38 est incompatible avec les régimes en vigueur dans d’autres démocraties », et que « [l]’échec de ce régime est manifeste » (p. 180). Le commissaire a recommandé au gouvernement d’abolir le régime dualiste et de laisser aux juges des cours supérieures le soin de trancher les questions touchant la confidentialité liée à la sécurité nationale (p. 180 et 185). On ne sait pas encore s’il sera donné suite à cette recommandation.

[72] Nous constatons que les préoccupations exprimées par le commissaire tenaient en grande

obtain information about, or access to, the withheld material, which we hope to have addressed in a practical way in this ruling.

[73] However, the Commissioner also expressed concerns in his report about the manner in which the s. 38 process “affects both the efficiency and the fairness of terrorism prosecutions” (p. 162). He noted that apart from the Attorney General of Canada, the parties before him “were almost unanimous in concluding that the current two-court system was inadequate and could cause problems” (p. 158). The majority of the criticisms were centred on the delays that are occasioned by fragmenting the criminal trial process and the duplicated effort involved in litigating the same issue before two separate courts.

[74] The Commissioner noted that even without the burden of s. 38 litigation, “terrorism prosecutions already sorely tax the stamina of judges and jurors” (p. 154). He expressed a concern that extensive litigation and appeals on disclosure issues might result in permanent stays of proceedings due to unreasonable delays. The Commissioner cited *R. v. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (Ont. S.C.J.), as an example of how the accused might attempt to use the two-court system to sabotage a terrorism trial by purposely calling evidence that would engage s. 38. (In *Ribic*, the s. 38 litigation began during the criminal trial before a jury, and the delay caused by the back and forth to the Federal Court resulted in a mistrial.)

[75] These comments challenge the underlying wisdom of the s. 38 scheme adopted by Parliament. That, of course, was properly a matter for the Commissioner, but the wisdom (as distinguished from the validity) of s. 38 is not a matter for this Court. To the extent that the practical problems of bifurcation create unfairness to the accused or

partie au fait que les juges de première instance ne pouvaient obtenir d’information sur les renseignements visés par l’interdiction de divulgation ni y avoir accès, préoccupations auxquelles nous espérons avoir répondu d’une façon pratique dans la présente décision.

[73] Toutefois, le commissaire a également formulé certaines réserves dans son rapport quant à la façon dont le processus de l’art. 38 « touche à la fois l’efficacité et l’équité des poursuites antiterroristes » (p. 182). Il a signalé que, à l’exception du procureur général du Canada, les parties devant la Commission « ont été quasi unanimes à conclure que le régime dualiste actuel était inadéquat et pouvait causer des problèmes » (p. 178). La majorité des critiques portaient sur les retards causés par la fragmentation du processus de l’instance criminelle et la répétition des efforts que requiert le fait de devoir débattre la même question devant deux tribunaux distincts.

[74] Le commissaire a souligné que, même sans le poids qu’ajoutent les demandes fondées sur l’art. 38, « les poursuites antiterroristes mettent déjà à l’épreuve la patience des juges et des jurés » (p. 173). Il a exprimé la crainte qu’un long processus de débats et d’appels sur des questions relatives à la divulgation donne lieu à des arrêts de procédures permanents à cause de délais déraisonnables. Le commissaire a également cité à titre d’exemple l’affaire *R. c. Ribic*, 2004 CanLII 7091 (C.S.J. Ont.) pour montrer comment un accusé pourrait essayer d’utiliser le régime dualiste afin de saboter un procès antiterroriste en présentant à dessein des éléments de preuve faisant entrer en jeu l’art. 38. (Dans *Ribic*, la procédure fondée sur l’art. 38 a été engagée durant le procès criminel devant jury, et le délai entraîné par les allers-retours à la Cour fédérale s’est traduit par l’annulation du procès.)

[75] Ces commentaires mettent en doute la sagesse fondamentale du régime adopté par le législateur à l’art. 38. Il s’agit bien sûr d’une question qui relevait à juste titre du mandat du commissaire, mais il n’appartient pas à la Cour de se prononcer sur la sagesse de l’art. 38 (par opposition à sa validité). Dans la mesure où les problèmes

otherwise jeopardize the due administration of justice, the criminal court is authorized to order a s. 38.14 remedy.

[76] We recognize that the legislative division of responsibilities does have the potential to cause delays and to pose serious challenges to the fair and expeditious trial of an accused, especially when the trial is by jury. While we do not find that this potential invalidates the legislative scheme, situations may well arise in which the division of responsibilities between courts will give rise to unreasonable trial delays, undue disruption to jurors and risk of juror contamination. These will have to be addressed on a case-by-case basis and the appropriate remedies issued to avoid an unfair trial.

[77] An important step the parties can take is attempting to identify potential national security issues during pre-trial proceedings. This would allow the disclosure arguments to take place at an early date. Section 38 encourages early-stage disclosure proceedings. In fact, it was amended in 2001 to allow the scheme to be engaged prior to the criminal trial and to “permit the government to take pro-active steps in the appropriate circumstances” (Department of Justice, “Amendments to the *Canada Evidence Act* (“CEA”)” (online: <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/ceap2-lpcp2-eng.asp>)). Due diligence in this respect will work to minimize the risk of mistrials. Disclosure by the Crown in a series of stages over a period of time, each new stage of disclosure triggering additional s. 38 proceedings, will heighten the risk of resort by the trial judge to s. 38 remedies.

[78] As we have stated, co-operative arrangements between the prosecution and the defence are to be encouraged, as they have the potential

pratiques découlant de la bifurcation créent une injustice envers l’accusé ou compromettent autrement la saine administration de la justice, la cour criminelle est autorisée à rendre une ordonnance protectrice en vertu de l’art. 38.14.

[76] Nous reconnaissons que le partage des responsabilités établi par la loi est effectivement susceptible de causer des retards et de compromettre sérieusement l’équité et la rapidité du procès de l’accusé, surtout s’il s’agit d’un procès devant jury. Bien que nous n’arrivions pas à la conclusion que ces risques ont pour effet d’invalider le régime législatif, il pourrait fort bien arriver que, dans certaines situations, le partage des responsabilités entre les tribunaux retarde le procès de façon déraisonnable, perturbe indûment les jurés ou crée un risque de contamination du jury. Ces problèmes devront être résolus au cas par cas, et le juge devra prendre les mesures appropriées pour éviter la tenue d’un procès inéquitable.

[77] Une mesure importante que les parties peuvent prendre consiste à tenter de déterminer, dès les procédures préliminaires, les questions susceptibles de toucher la sécurité nationale. Le débat sur la divulgation pourrait ainsi avoir lieu tôt dans le processus. L’article 38 encourage la tenue rapide des procédures relatives à la divulgation. Du reste, le législateur a modifié le régime en 2001 pour que celui-ci puisse entrer en jeu avant le procès criminel et ainsi « permettre [au gouvernement] de prendre des mesures proactives au moment opportun » (ministère de la Justice, « Modifications à la *Loi sur la preuve au Canada* (« LCP ») (en ligne : <http://www.justice.gc.ca/antiter/sheetfiche/lpcp2-ceap2-fra.asp>)). La diligence à cet égard réduira le risque d’annulation de procès. Si la Couronne procède à la divulgation en plusieurs étapes successives pendant une certaine période de temps, chaque nouvelle étape de divulgation entraînant de nouvelles demandes fondées sur l’art. 38, le risque de voir le juge du procès recourir aux mesures protectrices prévues par l’art. 38 s’en trouve accru.

[78] Comme nous l’avons dit, il convient d’encourager la conclusion d’accords de collaboration entre la poursuite et la défense. De tels accords sont en

to greatly facilitate complex trials for all parties involved and to reduce the strain on judicial resources. However, the defence is under no obligation to cooperate with the prosecution and if the end result of non-disclosure by the Crown is that a fair trial cannot be had, then Parliament has determined that in the circumstances a stay of proceedings is the lesser evil compared with the disclosure of sensitive or potentially injurious information.

[79] We noted earlier that the exercise by the trial judge of the s. 38.14 statutory remedy is not constrained by the ordinary *Charter* jurisprudence concerning abuse of process. Neither is it constrained by the ordinary *Charter* jurisprudence in relation, for example, to trial within a reasonable time. If the trial process resulting from the application of the s. 38 scheme becomes unmanageable by virtue of excessive gaps between the hearing of the evidence or other such impediments, such that the right of the accused to a fair trial is compromised, the trial judge should not hesitate to use the broad authority Parliament has conferred under s. 38.14 to put an end to the prosecution.

[80] It will ultimately be for Parliament to determine with the benefit of experience whether the wisdom of the bifurcated scheme should be reconsidered. We conclude, however, that s. 38 as we have interpreted it passes constitutional muster. Trial unfairness will not be tolerated.

#### F. Conclusion

[81] The appeal is allowed. The constitutional questions are answered as follows:

1. Are ss. 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, *ultra vires* the Parliament of Canada on the ground that they infringe ss. 96 and 101 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

effet susceptibles de faciliter grandement — pour toutes les parties — la tenue des procès complexes, en plus de réduire la pression sur les ressources judiciaires. Évidemment, la défense n'est pas tenue de collaborer avec la poursuite et si, au bout du compte, la non-divulgence de renseignements par la Couronne empêche la tenue d'un procès équitable, le législateur a décidé que, dans de telles circonstances, l'arrêt des procédures est un moindre mal par rapport à la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables.

[79] Nous avons indiqué plus haut que l'exercice par le juge du procès du pouvoir que lui confère l'art. 38.14 n'est pas restreint par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* en matière d'abus de procédure. Il n'est pas limité non plus par la jurisprudence ordinaire relative à la *Charte* touchant, par exemple, la tenue des procès dans un délai raisonnable. Si le processus judiciaire découlant de l'application du régime établi à l'art. 38 devient ingérable en raison soit d'intervalles excessifs dans l'audition de la preuve, soit d'autres obstacles analogues ayant pour effet de compromettre le droit de l'accusé à un procès équitable, le juge du procès ne devrait pas hésiter à exercer le large pouvoir que lui a conféré le législateur à l'art. 38.14 pour mettre fin au procès.

[80] Il appartiendra en définitive au législateur de décider, à la lumière de l'expérience, s'il y a lieu de reconsidérer la sagesse du régime dualiste. Nous concluons toutefois que, selon l'interprétation que nous lui avons donnée, l'art. 38 est constitutionnellement valide. Les procès inéquitables ne seront pas tolérés.

#### F. Conclusion

[81] Le pourvoi est accueilli. Voici les réponses aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 outrepassent-ils la compétence du Parlement pour le motif qu'ils portent atteinte aux art. 96 et 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Do ss. 38 to 38.16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

### APPENDIX

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5

#### INTERNATIONAL RELATIONS AND NATIONAL DEFENCE AND NATIONAL SECURITY

**38.** The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.

“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.

“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.

“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.

“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the *National Defence Act* or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.

“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.

2. Les articles 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 portent-ils atteinte à l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

3. Dans l’affirmative, les art. 38 à 38.16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 sont-ils légitimés par l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

### ANNEXE

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5

#### RELATIONS INTERNATIONALES ET DÉFENSE ET SÉCURITÉ NATIONALES

**38.** Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.

« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.

« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l’article 38.04.

« participant » Personne qui, dans le cadre d’une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.

« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d’une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d’une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la *Loi sur la défense nationale*.

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.



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

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

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

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

(5) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(6) This section does not apply when

(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;

(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National

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

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

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

(4) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.

(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

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

a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;

b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général

Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;

(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or

(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.

(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).

(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.

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

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

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

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

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

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or

du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;

c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;

d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.

(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).

(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.

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

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

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

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

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

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement

cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

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

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

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

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

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.

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

**38.031** (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.

(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).

préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

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

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

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

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

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.

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

**38.031** (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)(b) à (d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)(c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.

(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)(c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

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

(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;

(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and

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

(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.

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

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

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

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

a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;

b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;

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

(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.

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

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

a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

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

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

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

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

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

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

(6) After the Federal Court is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,

(a) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or part of the information or disclosure of the facts or information subject to conditions; and

(b) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.

(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.

**38.05** If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.

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

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

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

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

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

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

(6) Après la saisine de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :

a) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d) ou leur divulgation assortie de conditions;

b) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.

(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.

**38.05** Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.



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

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

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

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

**38.07** The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.

**38.08** If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations

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

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

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

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

**38.07** Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.

**38.08** Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au

under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

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

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

**38.1** Notwithstanding any other Act of Parliament,

(a) an application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada from a judgment made on appeal shall be made within 10 days after the day on which the judgment appealed from is made or within any further time that the Supreme Court of Canada considers appropriate in the circumstances; and

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

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

(2) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may give any person who makes representations under paragraph 38.04(5)(d), and shall give the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, the opportunity to make representations *ex parte*.

**38.12** (1) The judge conducting a hearing under subsection 38.04(5) or the court hearing an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may make any order that the judge or the court considers appropriate in the circumstances to protect the confidentiality of the information to which the hearing, appeal or review relates.

(2) The court records relating to the hearing, appeal or review are confidential. The judge or the court may

titre de l'alinéa 38.04(5)(d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

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

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

**38.1** Malgré toute autre loi fédérale :

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

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

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

(2) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) donne au procureur général du Canada — et au ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — la possibilité de présenter ses observations en l'absence d'autres parties. Il peut en faire de même pour les personnes qu'il entend en application de l'alinéa 38.04(5)(d).

**38.12** (1) Le juge saisi d'une affaire au titre du paragraphe 38.04(5) ou le tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) peut rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée en l'espèce en vue de protéger la confidentialité des renseignements sur lesquels porte l'audience, l'appel ou l'examen.

(2) Le dossier ayant trait à l'audience, à l'appel ou à l'examen est confidentiel. Le juge ou le tribunal saisi

order that the records be sealed and kept in a location to which the public has no access.

**38.13** (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

(2) In the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Attorney General of Canada may issue the certificate only with the agreement, given personally, of the Minister of National Defence.

(3) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be served on

- (a) the person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside;
- (b) every party to the proceeding;
- (c) every person who gives notice under section 38.01 in connection with the proceeding;
- (d) every person who, in connection with the proceeding, may disclose, is required to disclose or may cause the disclosure of the information about which the Attorney General of Canada has received notice under section 38.01;
- (e) every party to a hearing under subsection 38.04(5) or to an appeal of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information;
- (f) the judge who conducts a hearing under subsection 38.04(5) and any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to the information; and
- (g) any other person who, in the opinion of the Attorney General of Canada, should be served.

(4) The Attorney General of Canada shall cause a copy of the certificate to be filed

peut ordonner qu'il soit placé sous scellé et gardé dans un lieu interdit au public.

**38.13** (1) Le procureur général du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, le procureur général du Canada ne peut délivrer de certificat qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale donné personnellement par celui-ci.

(3) Le procureur général du Canada fait signifier une copie du certificat :

- a) à la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle sont liés les renseignements ou, à défaut de désignation, à la personne qui est habilitée à effectuer la désignation;
- b) à toute partie à l'instance;
- c) à toute personne qui donne l'avis prévu à l'article 38.01 dans le cadre de l'instance;
- d) à toute personne qui, dans le cadre de l'instance, a l'obligation de divulguer ou pourrait divulguer ou faire divulguer les renseignements à l'égard desquels le procureur général du Canada a été avisé en application de l'article 38.01;
- e) à toute partie aux procédures engagées en application du paragraphe 38.04(5) ou à l'appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;
- f) au juge qui tient une audience en application du paragraphe 38.04(5) et à tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) en ce qui concerne les renseignements;
- g) à toute autre personne à laquelle, de l'avis du procureur général du Canada, une copie du certificat devrait être signifiée.

(4) Le procureur général du Canada fait déposer une copie du certificat :

(a) with the person responsible for the records of the proceeding to which the information relates; and

(b) in the Registry of the Federal Court and the registry of any court that hears an appeal from, or review of, an order made under any of subsections 38.06(1) to (3).

(5) If the Attorney General of Canada issues a certificate, then, notwithstanding any other provision of this Act, disclosure of the information shall be prohibited in accordance with the terms of the certificate.

(6) The *Statutory Instruments Act* does not apply to a certificate issued under subsection (1).

(7) The Attorney General of Canada shall, without delay after a certificate is issued, cause the certificate to be published in the *Canada Gazette*.

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

(9) The certificate expires 15 years after the day on which it is issued and may be reissued.

**38.131** (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

(2) The applicant shall give notice of the application to the Attorney General of Canada.

(3) In the case of proceedings under Part III of the *National Defence Act*, notice under subsection (2) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.

(4) Notwithstanding section 16 of the *Federal Court Act*, for the purposes of the application, the Federal Court of Appeal consists of a single judge of that Court.

(5) In considering the application, the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base a determination made under any of subsections (8) to (10) on that evidence.

a) auprès de la personne responsable des dossiers relatifs à l'instance;

b) au greffe de la Cour fédérale et à celui de tout tribunal saisi de l'appel ou de l'examen d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3).

(5) Une fois délivré, le certificat a pour effet, malgré toute autre disposition de la présente loi, d'interdire, selon ses termes, la divulgation des renseignements.

(6) La *Loi sur les textes réglementaires* ne s'applique pas aux certificats délivrés au titre du paragraphe (1).

(7) Dès que le certificat est délivré, le procureur général du Canada le fait publier dans la *Gazette du Canada*.

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

(9) Le certificat expire à la fin d'une période de quinze ans à compter de la date de sa délivrance et peut être délivré de nouveau.

**38.131** (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

(2) Le demandeur en avise le procureur général du Canada.

(3) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, l'avis prévu au paragraphe (2) est donné à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.

(4) Par dérogation à l'article 16 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la Cour d'appel fédérale est constituée d'un seul juge de ce tribunal pour l'étude de la demande.

(5) Pour l'étude de la demande, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut se fonder sur cet élément pour rendre sa décision au titre de l'un des paragraphes (8) à (10).

(6) Sections 38.11 and 38.12 apply, with any necessary modifications, to an application made under subsection (1).

(7) The judge shall consider the application as soon as reasonably possible, but not later than 10 days after the application is made under subsection (1).

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

(10) If the judge determines that all of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order confirming the certificate.

(11) Notwithstanding any other Act of Parliament, a determination of a judge under any of subsections (8) to (10) is final and is not subject to review or appeal by any court.

(12) If a certificate is varied or cancelled under this section, the Attorney General of Canada shall, as soon as possible after the decision of the judge and in a manner that mentions the original publication of the certificate, cause to be published in the *Canada Gazette*

- (a) the certificate as varied under subsection (8); or
- (b) a notice of the cancellation of the certificate under subsection (9).

**38.14** (1) The person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial, as long as that order complies with the terms of any order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in relation to that proceeding, any judgment made on appeal from, or review of, the order, or any certificate issued under section 38.13.

(6) Les articles 38.11 et 38.12 s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la demande présentée au titre du paragraphe (1).

(7) Le juge étudie la demande le plus tôt possible, mais au plus tard dans les dix jours suivant la présentation de la demande au titre du paragraphe (1).

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

(10) Si le juge estime que tous les renseignements visés par le certificat portent sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, ou sur la défense ou la sécurité nationales, il confirme celui-ci par ordonnance.

(11) La décision du juge rendue au titre de l'un des paragraphes (8) à (10) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel ni de révision judiciaire.

(12) Dès que possible après la décision du juge, le procureur général du Canada fait publier dans la *Gazette du Canada*, avec mention du certificat publié antérieurement :

- a) le certificat modifié au titre du paragraphe (8);
- b) un avis de la révocation d'un certificat au titre du paragraphe (9).

**38.14** (1) La personne qui préside une instance criminelle peut rendre l'ordonnance qu'elle estime indiquée en l'espèce en vue de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, pourvu que telle ordonnance soit conforme à une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette instance, à une décision en appel ou découlant de l'examen ou au certificat délivré au titre de l'article 38.13.



(2) The orders that may be made under subsection (1) include, but are not limited to, the following orders:

- (a) an order dismissing specified counts of the indictment or information, or permitting the indictment or information to proceed only in respect of a lesser or included offence;
- (b) an order effecting a stay of the proceedings; and
- (c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

**38.15** (1) If sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a prosecution that is not instituted by the Attorney General of Canada or on his or her behalf, the Attorney General of Canada may issue a fiat and serve the fiat on the prosecutor.

(2) When a fiat is served on a prosecutor, the fiat establishes the exclusive authority of the Attorney General of Canada with respect to the conduct of the prosecution described in the fiat or any related process.

(3) If a prosecution described in the fiat or any related process is conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada, the fiat or a copy of the fiat shall be filed with the court in which the prosecution or process is conducted.

(4) The fiat or a copy of the fiat

- (a) is conclusive proof that the prosecution described in the fiat or any related process may be conducted by or on behalf of the Attorney General of Canada; and
- (b) is admissible in evidence without proof of the signature or official character of the Attorney General of Canada.

(5) This section does not apply to a proceeding under Part III of the *National Defence Act*.

**38.16** The Governor in Council may make any regulations that the Governor in Council considers necessary to carry into effect the purposes and provisions of sections 38 to 38.15, including regulations respecting the notices, certificates and the fiat.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.*

(2) L'ordonnance rendue au titre du paragraphe (1) peut notamment :

- a) annuler un chef d'accusation d'un acte d'accusation ou d'une dénonciation, ou autoriser l'instruction d'un chef d'accusation ou d'une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse;
- b) ordonner l'arrêt des procédures;
- c) être rendue à l'encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

**38.15** (1) Dans le cas où des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peuvent être divulgués dans le cadre d'une poursuite qui n'est pas engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte, il peut délivrer un fiat et le faire signifier au poursuivant.

(2) Le fiat établit la compétence exclusive du procureur général du Canada à l'égard de la poursuite qui est mentionnée et des procédures qui y sont liées.

(3) L'original ou un double du fiat est déposé devant le tribunal saisi de la poursuite — ou d'une autre procédure liée à celle-ci — engagée par le procureur général du Canada ou pour son compte.

(4) Le fiat ou le double de celui-ci :

- a) est une preuve concluante que le procureur général du Canada ou son délégué a compétence pour mener la poursuite qui y est mentionnée ou les procédures qui y sont liées;
- b) est admissible en preuve sans qu'il soit nécessaire de prouver la signature ou la qualité officielle du procureur général du Canada.

(5) Le présent article ne s'applique pas aux instances engagées sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale*.

**38.16** Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures qu'il estime nécessaires à l'application des articles 38 à 38.15, notamment régir les avis, certificats et fiat.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Asad Ansari: John Norris, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Shareef Abdelhaleem and Amin Mohamed Durrani: Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Steven Vikash Chand: Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitor for the respondent Saad Gaya: Paul B. Slansky, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Asad Ansari : John Norris, Toronto.*

*Procureurs des intimés Shareef Abdelhaleem et Amin Mohamed Durrani : Rocco Galati Law Firm Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Steven Vikash Chand : Marlys Edwardh Barristers Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur de l'intimé Saad Gaya : Paul B. Slansky, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.*