



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 4, Part 1

2008, Vol. 4, 1^{er} fascicule

Cited as [2008] 4 F.C.R., 3-264

Renvoi [2008] 4 R.C.F., 3-264

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers
A. DAVID MORROW, Smart & Biggar
SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r., Heenan Blaikie
LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

ARRÊTISTES

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.
FRANÇOIS BOIVIN, B.SC.SOC., LL.B.
SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation
juridiques

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, Claude Provencher, LL.B., MBA, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2899.

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, dont le commissaire est Claude Provencher, LL.B., MBA.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Judgments	3-264
Digests	D-1

Canada (Attorney General) v. Khawaja (F.C.A.) 3

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court decision upholding constitutional validity of *Canada Evidence Act*, s. 38.11(2) — Appellant charged under *Criminal Code* with terrorist-related offences — S. 38.11(2) allowing Attorney General, any other party with leave of Court, to make *ex parte* representations — Whether *ex parte* procedure in s. 38.11(2) infringes appellant's rights under Charter, s. 7 — Létourneau and Pelletier J.J.A. holding appellant's liberty interest not engaged — Richard C.J. assuming s. 7 engaged but holding not infringed — Pelletier J.A. distinguishing fairness of process leading to making of order, consequences to appellant of such order — But even if liberty interest engaged s. 38.11(2) not depriving appellant of right to liberty other than in accordance with principles of fundamental justice — Appeal dismissed.

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêviste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gouvernementaux, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Jugements.....	3-264
Fiches analytiques	F-1

Canada (Procureur général) c. Khawaja (C.A.F.) 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* — L'appelant a été inculpé, en application du *Code criminel*, d'infractions liées au terrorisme — L'art. 38.11(2) donne le droit au procureur général et à toute autre partie, si la Cour y consent, de présenter ses observations en l'absence d'autres parties — La procédure *ex parte* dont parle l'art. 38.11(2) porte-t-elle atteinte aux droits conférés à l'appelant par l'art. 7 de la Charte? — Les juges Létourneau et Pelletier ont statué que le droit de l'appelant à la liberté n'était pas en jeu — Le juge en chef Richard était disposé à présumer que l'art. 7 était en jeu, mais il a statué qu'il n'y avait pas été porté atteinte — Le juge Pelletier a établi une distinction entre l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance et les conséquences d'une telle ordonnance pour l'appelant — Même si le droit de l'appelant à la liberté était mis en jeu, l'art. 38.11(2) ne le prive pas de ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — Appel rejeté.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Appellant charged with terrorist-related offences — Alleging *Canada Evidence Act*, s. 38.11(2) infringes rights under Charter, s. 11(d) to fair, public trial — Protection of Canada's national security, related intelligence sources pressing and substantial objective — Non-disclosure of evidence, submissions at hearings under s. 38.11(2) rationally connected to objective — Protected information cannot be used against accused at trial — S. 38.11(2) not infringing right to fair trial and if does, does so minimally — Also having no incidence upon appellant's right to public trial — All of state's evidence against appellant put in open courtroom.

Evidence — Appellant challenging constitutional validity of *Canada Evidence Act*, s. 38.11(2) as breaching rights under Charter, ss. 7, 11(d) — Principle of full, frank disclosure in *ex parte* proceedings fundamental principle of justice — *Per* Létourneau, Pelletier J.J.A.: appellant's liberty interest not engaged — If were, principles of fundamental justice informed in part by rules of natural justice, concept of procedural fairness — *Ex parte* proceedings allowing Attorney General to provide Court guidance on intelligence value of information disclosure of which sought, protecting confidentiality of information — Best way to ensure judge's decision as to public interest in non-disclosure well informed — S. 38.11(2) process also not violating Charter, s. 11(d) right to fair trial — Appeal dismissed.

Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (F.C.) 230

Security Intelligence — Application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Act, s. 21(3) permitting judge to issue warrant under certain conditions for stated purposes — Act not expressly providing extraterritorial mandate for Service to engage in investigative activities in nature of activities sought to be authorized by warrant — Inference not sufficiently obvious to conclude Service having clear mandate to conduct activities sought to be authorized in warrant in countries other than Canada, that Federal Court having jurisdiction to authorize such activities — Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'appelant a été inculpé d'infractions liées au terrorisme — Il a fait valoir que l'art. 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* porte atteinte à son droit à un procès public et équitable que lui garantit l'art. 11d) de la Charte — La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel — La non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu de l'art. 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif — Les renseignements protégés ne pourront être utilisés contre l'accusé au cours du procès — L'art. 38.11(2) ne porte pas atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable et, s'il lui porte atteinte, il le fait d'une manière minimale — Il n'a également aucune incidence sur le droit de l'appelant à un procès public — Toute la preuve qui pèse contre l'appelant sera exposée en audience publique.

Preuve — L'appelant a contesté la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 11d) de la Charte — Le principe d'une divulgation complète et franche dans une audience *ex parte* est un principe de justice fondamentale — Selon les juges Létourneau et Pelletier, le droit de l'appelant à la liberté n'est pas en jeu — S'il l'était, les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale — Les audiences *ex parte* permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur des renseignements dont la divulgation est demandée et préservent la confidentialité des renseignements en cause — C'est la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgence est fondée — Le processus de l'art. 38.11(2) ne porte pas non plus atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'art. 11d) de la Charte — Appel rejeté.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.) 230

Renseignement de sécurité — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — L'art. 21(3) de la Loi précise que le juge peut, sous réserve de certaines conditions, décerner un mandat aux fins qui y sont indiquées — La Loi ne donne pas expressément au Service une mission extraterritoriale d'utiliser des méthodes d'enquêtes s'apparentant à celles qui seraient autorisées par le mandat — L'inférence n'était pas suffisamment manifeste pour permettre de conclure que le Service avait une mission claire de mener les activités qu'il visait à faire autoriser dans le mandat dans d'autres pays que le Canada et que la Cour fédérale avait compétence pour autoriser ce genre d'activités — Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Charter subject to same jurisdictional limits as Canada's other laws; Canadian law unenforceable in another state's territory without state's consent — Warrant powers concerning activities within Canada's enforcement or investigative jurisdiction — Absent consent, Canadian law could not apply to such investigative activities in other state's territory — Therefore, Charter, s. 8 not applicable.

Construction of Statutes — Application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — International law norms, values relevant in interpretation of domestic law — *R. v. Hape*, affirming presumption legislation conforming to international law, customary rules of international law directly incorporated into Canadian domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation — “Binding customary principles of ... international law” prohibiting interference with sovereignty, domestic affairs of other states — Activities contemplated in warrant sought clearly impinging upon principles of territorial sovereign equality, non-intervention — Likely to violate law of jurisdiction where investigative activities will occur — Applicable provisions of Act could not be construed as providing Court with jurisdictional basis to issue warrant sought.

International Law — Application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Extraterritorial jurisdiction, prescriptive, enforcement or adjudicative existing under international law, subject to strict limits under international law based on sovereign equality, non-intervention, territorial principle.

Federal Court Jurisdiction — Application pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — As legislation presumed to conform to international law, applicable provisions not conferring jurisdiction to issue warrant in absence of express enactment authorizing Court to issue extraterritorial warrant.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — La Charte est sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs du pays et le droit canadien n'est pas susceptible d'application sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet État — Les pouvoirs conférés par le mandat visaient des activités qui relèvent de la compétence d'exécution ou d'enquête de l'État canadien — En l'absence de consentement, le droit canadien ne peut s'appliquer à de telles méthodes d'enquêtes menées sur le territoire d'un autre État — Par conséquent, l'art. 8 de la Charte était inapplicable.

Interprétation des lois — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — Les normes et les valeurs de droit international sont pertinentes dans l'interprétation du droit interne — L'arrêt *R. c. Hape*, a confirmé le principe selon lequel une loi est réputée conforme au droit international et les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire — Les « principes coutumiers contraignants [...] du droit international » interdisent de porter atteinte à la souveraineté d'un autre État et de s'immiscer dans ses affaires intérieures — Les activités envisagées dans le mandat demandé contrevenaient clairement aux principes de l'égalité souveraine et de la non-intervention — Les activités étaient susceptibles de violer les lois du ressort où elles devaient être menées — Les dispositions applicables de la Loi ne pouvaient pas être interprétées de façon à habiliter la Cour à décerner le mandat demandé.

Droit international — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — Le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale normative, d'exécution ou juridictionnelle et il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité.

Compétence de la Cour fédérale — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — Comme le texte législatif est présumé être conforme au droit international, les dispositions applicables n'habilitaient pas la Cour à décerner le mandat en l'absence d'un texte législatif autorisant la Cour à décerner un mandat extraterritorial.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Haj Khalil v. Canada (F.C.) 53

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Action for damages brought following delay in processing permanent residence applications — Primary plaintiff, children granted Convention refugee status in 1994 — Permanent residence application filed thereafter — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)(f) — Ministerial relief decision still outstanding at time of hearing — Claim in negligence failing as insufficient proximity between plaintiffs, defendant to found private law duty of care — Charter, ss. 2, 7, 15 arguments also failing, as did argument IRPA, s. 34(2) illusory — While maladministration of legislation may infringe upon individual's Charter rights, not affording basis for striking down underlying legislation — Action dismissed.

Crown — Torts — Negligence — Plaintiffs claiming Crown's delay in processing applications for permanent residence amounting to negligence — Delay in processing Convention refugee's application for permanent residence not coming within recognized category of relationships giving rise to duty of care — *Immigration and Refugee Protection Act* relevant in assessing proximity between parties — In face of potential conflict between alleged duty of care, overarching statutory, public duty to protect public, many policy reasons militating against finding duty of care — Causation (link between delay, alleged harm) also not established.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 34(1)(f) because of past involvement with Palestine Liberation Organization — Charter, s. 2 only concerned with conduct occurring after entry into Canada — Inadmissibility provision not restricting individual's freedom of expression, association when operating to exclude person from entry into Canada.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Part of delay in processing plaintiffs' applications for permanent residence inordinate, unreasonable, inexcusable, but not impinging on Charter, s. 7 rights as defendant not

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Haj Khalil c. Canada (C.F.) 53

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Action en dommages-intérêts intentée en raison de la lenteur du traitement des demandes de résidence permanente — La demanderesse principale et ses enfants se sont vus reconnaître le statut de réfugiés au sens de la Convention en 1994 — La demande de résidence permanente a été déposée par la suite — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) — La décision relative à la dérogation ministérielle n'avait pas encore été rendue au moment de l'audience — La réclamation fondée sur la négligence a échoué parce qu'il n'y avait pas, entre les demandeurs et la défenderesse, une proximité suffisante propre à fonder une obligation de diligence relevant du droit privé — Les arguments relatifs aux art. 2, 7 et 15 de la Charte ont aussi échoué tout comme l'argument selon lequel l'art. 34(2) de la LIPR est illusoire — Bien que la mauvaise application d'un texte de loi puisse porter atteinte aux droits d'un particulier garantis par la Charte, elle ne constitue pas une raison de déclarer ce texte inconstitutionnel — Action rejetée.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Les demandeurs affirment que la lenteur de la Couronne à traiter les demandes de résidence permanente correspond à de la négligence — La lenteur du traitement d'une demande de résidence permanente présentée par un réfugié au sens de la Convention n'entre pas dans une catégorie reconnue de liens donnant lieu à une obligation de diligence — La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* a servi à déterminer la proximité entre les parties — Devant un conflit éventuel entre l'obligation de diligence revendiquée et l'obligation légale de protéger l'intérêt public, bon nombre de raisons de bonne politique militent contre l'imposition d'une telle obligation de diligence — De même, le lien de causalité (lien entre le retard et le prétendu préjudice) n'a pas été établi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* en raison de son rôle antérieur auprès de l'Organisation de libération de la Palestine — L'art. 2 de la Charte ne vise que la conduite postérieure à l'entrée au Canada — La disposition relative à l'interdiction de territoire ne limite pas la liberté d'expression ou d'association du particulier lorsqu'elle a pour effet de lui refuser l'admission au Canada.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Une partie du délai de traitement des demandes de résidence permanente des demandeurs était excessive, déraisonnable et inexcusable, mais le délai n'a pas empiété

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

preventing, infringing primary plaintiff's right to make fundamental life choices, or causing, exacerbating psychological harm.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 34(1)(f) because of past involvement with Palestine Liberation Organization (PLO) — IRPA, s. 34(1)(f) not drawing formal distinction on basis of character as stateless Palestinian, participation in PLO — Membership in organization that is, was affiliated with terrorism not analogous ground of distinction.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.) 189

Patents — Practice — Applications under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to Novopharm, permitting sale of generic versions of drugs listed in Pfizer's Canadian Patent No. 1341330 ('330 patent) — Previous litigation under NOC Regulations involving different generic dealing with validity (overbreadth of claims) of '330 patent, divisional thereof — (1) Under NOC Regulations both person seeking prohibition order, person alleging invalidity may lead evidence — Court weighing evidence, determining matter on usual civil balance — If evenly balanced (rare), prohibition order should not issue — (2) When multiple proceedings brought by different generics challenging validity of same patent, Court must consider whether better evidence, more appropriate legal argument made by subsequent generic while being mindful of judicial, other resources — (3) Patent must not exceed invention made, described in inventor's specification — While unclear how Federal Court of Appeal treated other patents in construing '330 patent, sufficient that made reasoned determination on "claims broader" of construction issue — No better evidence provided such that Federal Court of Appeal's finding on "claims broader" question should be revisited — Federal Court of Appeal considering "inventor's knowledge regarding certain other compounds", knowledge possessed by persons of ordinary skill in determining sound basis to predict utility — Not erring when determining allegation of invalidity of '330 patent's asserted claims not justified — Applications allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sur les droits garantis par l'art. 7 de la Charte parce que la défenderesse n'a pas empêché ni réduit le droit de la demanderesse principale de faire des choix de vie fondamentaux et n'a pas non plus causé ou aggravé le préjudice psychologique.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) en raison de son rôle antérieur auprès de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) — L'art. 34(1)f) de la LIPR n'opère pas de distinction officielle en fonction de l'état de Palestinienne apatride ou de son appartenance à l'OLP — L'appartenance à une organisation qui est ou a été affiliée au terrorisme ne constitue pas un motif de distinction analogue.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.F.) 189

Brevets — Pratique — Demandes faites en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (Règlement AC) en vue d'empêcher le ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm lui permettant de vendre des versions génériques des médicaments inscrits dans le brevet canadien no 1341330 (le brevet '330) de Pfizer — Un litige antérieur relatif à la validité (portée excessive des revendications) du brevet '330 et d'un divisionnaire de celui-ci avait déjà été intenté en vertu du Règlement AC et mettait en cause un autre fabricant de médicaments génériques — 1) Selon le Règlement AC, tant la personne qui sollicite une ordonnance d'interdiction que la personne qui fait valoir l'invalidité peuvent produire une preuve — La Cour apprécie la preuve et tranche la question selon la norme habituelle de la prépondérance des probabilités — Si la preuve s'équivaut (ce qui est rare), l'ordonnance d'interdiction ne devrait pas être délivrée — 2) Lorsque des instances multiples ont été instituées par différentes sociétés génériques pour contester la validité d'un même brevet, la Cour doit prendre en considération l'existence de meilleurs éléments de preuve ou d'un argument juridique plus valable présentés postérieurement par une société générique tout en gardant à l'esprit les ressources judiciaire et autres — 3) La portée du brevet ne doit pas excéder l'invention faite et décrite dans le mémoire descriptif — Bien que le traitement que la Cour d'appel fédérale a réservé aux autres brevets dans l'interprétation du brevet '330 n'était pas clair, il suffit de conclure qu'elle a tiré une conclusion motivée sur la question des revendications de plus large portée — Il n'y avait pas de meilleur élément de preuve faisant en sorte qu'il était indiqué de réexaminer la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur la question des « revendications de plus large portée » — La Cour d'appel fédérale a pris en considération les « connaissances de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

l'inventeur sur certains autres composés » ainsi que les connaissances qu'auraient les personnes douées d'habiletés moyennes pour établir qu'il y avait un fondement valable pour prédire que tous les composés revendiqués auraient une utilité — Elle n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que l'allégation d'invalidité des revendications du brevet '330 n'était pas justifiée — Demandes accueillies.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

DBC Marine Safety Systems Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), [2008] 2 F.C.R. 563 (F.C.) has been affirmed on appeal (A-558-07, 2008 FCA 256), reasons for judgment handed down September 9, 2008.

SUPREME COURT OF CANADA

Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc., (A-168-05, 2006 FCA 421), has been affirmed on appeal (2008 SCC 61). The reasons for judgment handed down November 6, 2008, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Bedada v. Canada (Solicitor General), A-121-07, 2008 FCA 79, Décary J.A., judgment dated February 28, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused October 16, 2008.

Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission), A-516-06, A-517-06, 2008 FCA 91, Sharlow J.A., judgment dated March 7, 2008, leave to appeal to S.C.C. granted September 25, 2008.

Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, A-391-06, 2008 FCA 6, Sharlow J.A., judgment dated January 9, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused September 18, 2008.

Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-652-05, 2007 FCA 80, Desjardins J.A., judgment dated February 22, 2007, leave to appeal to S.C.C. refused September 18, 2008.

Consultants Pub Création Inc. v. Canada, A-571-06, A-572-06, 2008 FCA 60, Noël J.A., judgment dated February 14, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused October 2, 2008.

Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Ltd. v. Hyundai Auto Canada, a division of Hyundai Motor America, A-311-07, 2008 FCA 98, Noël J.A., judgment dated March 11, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused September 18, 2008.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *DBC Marine Safety Systems Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2008] 2 R.C.F. 563 (C.F.) a été confirmée en appel (A-558-07, 2008 CAF 256), les motifs du jugement ayant été prononcés le 9 septembre 2008.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, (A-168-05, 2006 CAF 421), a été confirmé en appel (2008 CSC 61). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 6 novembre 2008, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, A-391-06, 2008 CAF 6, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 9 janvier 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 septembre 2008.

Bedada c. Canada (Solliciteur général), A-121-07, 2008 CAF 79, le juge Décary, J.C.A., jugement en date du 28 février 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 octobre 2008.

Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), A-516-06, A-517-06, 2008 CAF 91, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 7 mars 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 25 septembre 2008.

Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-652-05, 2007 CAF 80, la juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 22 février 2007, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 septembre 2008.

Consultants Pub Création Inc. c. Canada, A-571-06, A-572-06, 2008 CAF 60, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 14 février 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 2 octobre 2008.

Cross-Canada Auto Body Supply (Windsor) Ltd. c. Hyundai Auto Canada, division de Hyundai Motor America, A-311-07, 2008 CAF 98, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 11 mars 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 septembre 2008.

Espino v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-102-07, 2008 FCA 77, Sharlow J.A., judgment dated February 27, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused September 25, 2008.

Folz Vending Co. v. Canada, A-218-07, 2008 FCA 160, Létourneau J.A., judgment dated May 1, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused October 16, 2008.

Livingston v. Canada, A-213-07, 2008 FCA 89, Sexton J.A., judgment dated March 7, 2008, leave to appeal to S.C.C. refused September 25, 2008.

Pearson v. Canada, A-376-06, 2007 FCA 380, Linden J.A., judgment dated November 29, 2007, leave to appeal to S.C.C. refused September 25, 2008.

Espino c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-102-07, 2008 CAF 77, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 27 février 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 septembre 2008.

Folz Vending Co. c. Canada, A-218-07, 2008 CAF 160, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 1^{er} mai 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 octobre 2008.

Livingston c. Canada, A-213-07, 2008 CAF 89, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 7 mars 2008, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 septembre 2008.

Pearson c. Canada, A-376-06, 2007 CAF 380, le juge Linden, J.C.A., jugement en date du 29 novembre 2007, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 septembre 2008.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2008, Vol. 4, Part 1

2008, Vol. 4, 1^{er} fascicule

DESA-2-07
2007 FCA 388

DESA-2-07
2007 CAF 388

Mohammad Momin Khawaja (*Appellant*)

Mohammad Momin Khawaja (*appelant*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. KHAWAJA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. KHAWAJA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Létourneau and Pelletier J.J.A.—Ottawa, October 15, 16 and December 6, 2007.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 15 et 16 octobre et 6 décembre 2007.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appeal from Federal Court decision upholding constitutional validity of Canada Evidence Act, s. 38.11(2) — Appellant charged under Criminal Code with terrorist-related offences — S. 38.11(2) allowing Attorney General, any other party with leave of Court, to make ex parte representations — Whether ex parte procedure in s. 38.11(2) infringes appellant's rights under Charter, s. 7 — Létourneau and Pelletier J.J.A. holding appellant's liberty interest not engaged — Richard C.J. assuming s. 7 engaged but holding not infringed — Pelletier J.A. distinguishing fairness of process leading to making of order, consequences to appellant of such order — But even if liberty interest engaged s. 38.11(2) not depriving appellant of right to liberty other than in accordance with principles of fundamental justice — Appeal dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada — L'appellant a été inculpé, en application du Code criminel, d'infractions liées au terrorisme — L'art. 38.11(2) donne le droit au procureur général et à toute autre partie, si la Cour y consent, de présenter ses observations en l'absence d'autres parties — La procédure ex parte dont parle l'art. 38.11(2) porte-t-elle atteinte aux droits conférés à l'appellant par l'art. 7 de la Charte? — Les juges Létourneau et Pelletier ont statué que le droit de l'appellant à la liberté n'était pas en jeu — Le juge en chef Richard était disposé à présumer que l'art. 7 était en jeu, mais il a statué qu'il n'y avait pas été porté atteinte — Le juge Pelletier a établi une distinction entre l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance et les conséquences d'une telle ordonnance pour l'appellant — Même si le droit de l'appellant à la liberté était mis en jeu, l'art. 38.11(2) ne le prive pas de ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale — Appel rejeté.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Appellant charged with terrorist-related offences — Alleging Canada Evidence Act, s. 38.11(2) infringes rights under Charter, s. 11(d) to fair, public trial — Protection of Canada's national security, related intelligence sources pressing and substantial objective — Non-disclosure of evidence, submissions at hearings under s. 38.11(2) rationally connected to objective — Protected information cannot be used against accused at trial — S. 38.11(2) not infringing right to fair trial and if does, does so minimally — Also having no incidence upon appellant's right to public trial — All of state's evidence against appellant put in open courtroom.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — L'appellant a été inculpé d'infractions liées au terrorisme — Il a fait valoir que l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada porte atteinte à son droit à un procès public et équitable que lui garantit l'art. 11d) de la Charte — La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel — La non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu de l'art. 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif — Les renseignements protégés ne pourront être utilisés contre l'accusé au cours du procès — L'art. 38.11(2) ne porte pas atteinte au droit de l'appellant à un procès équitable et, s'il lui porte atteinte, il le fait d'une manière minimale — Il n'a également aucune incidence sur le droit de l'appellant à un procès public — Toute la preuve qui pèse contre l'appellant sera exposée en audience publique.

Evidence — Appellant challenging constitutional validity of Canada Evidence Act, s. 38.11(2) as breaching rights under Charter, ss. 7, 11(d) — Principle of full, frank disclosure in ex parte proceedings fundamental principle of justice — Per Létourneau, Pelletier J.J.A.: appellant's liberty interest not engaged — If were, principles of fundamental justice informed in part by rules of natural justice, concept of procedural fairness — Ex parte proceedings allowing Attorney General to provide Court guidance on intelligence value of information disclosure of which sought, protecting confidentiality of information — Best way to ensure judge's decision as to public interest in non-disclosure well informed — S. 38.11(2) process also not violating Charter, s. 11(d) right to fair trial — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Federal Court decision upholding the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*. The main proceeding is a criminal trial in which the appellant is charged with seven counts under the *Criminal Code* for terrorist-related offences. The lead prosecutor in the criminal case delivered two notices to the Attorney General of Canada pursuant to subsection 38.01(1) of the Act, informing him of the possibility of disclosure of sensitive or potentially injurious information in connection with the criminal proceeding. The Attorney General concluded that some of information could be disclosed while the balance could not, pursuant to section 38.03 of the Act. He decided to make an application to the Federal Court pursuant to subsection 38.04(1) of the Act seeking an order prohibiting the disclosure of the information covered by the notices. Subsection 38.11(2) allows the Attorney General to make *ex parte* representations as of right, and any other party to do the same with leave of the Court. The issue was whether, the *ex parte* procedure contained in subsection 38.11(2) of the Act breaches the appellant's rights under section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether this breach can be justified under section 1 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

Per Richard C.J.: The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has often been recognized by the Supreme Court of Canada. Proceeding on the basis that the appellant's liberty interest was engaged by section 7 of the Charter, the latter was not infringed in these circumstances. The principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair will depend on the context of the case. The law is clear that the specific circumstances of each situation could justify the application of different procedural protections. In this case, the

Preuve — L'appelant a contesté la validité constitutionnelle de l'art. 38.11(2) de la Loi sur la preuve au Canada au motif que cette disposition porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 7 et 11d) de la Charte — Le principe d'une divulgation complète et franche dans une audience ex parte est un principe de justice fondamentale — Selon les juges Létourneau et Pelletier, le droit de l'appelant à la liberté n'est pas en jeu — S'il l'était, les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale — Les audiences ex parte permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur des renseignements dont la divulgation est demandée et préservent la confidentialité des renseignements en cause — C'est la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est fondée — Le processus de l'art. 38.11(2) ne porte pas non plus atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'art. 11d) de la Charte — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'instance principale est un procès criminel dans lequel l'appelant est inculpé, en application du *Code criminel*, de sept infractions liées au terrorisme. Le poursuivant principal dans le procès criminel a signifié au procureur général, en application du paragraphe 38.01(1) de la Loi, deux avis qui informaient ce dernier de la possibilité que soient divulgués, dans le cadre de la procédure criminelle, des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Le procureur général a conclu, en application de l'article 38.03 de la Loi, que certains des renseignements pouvaient être divulgués et les autres non. Il a décidé de demander à la Cour fédérale, en application du paragraphe 38.04(1) de la Loi, de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements visés par l'avis. Le paragraphe 38.11(2) donne le droit au procureur général de présenter ses observations en l'absence d'autres parties, et il offre cette possibilité à toute autre partie, si la Cour y consent. Le point à décider était celui de savoir si la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la Loi porte atteinte aux droits conférés à l'appelant par l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut être justifiée par l'article premier de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Le juge en chef Richard : Le principe d'une divulgation complète et franche dans une audience *ex parte* est un principe de justice fondamentale qui a souvent été reconnu par la Cour suprême du Canada. Si on présume que le droit à la liberté garanti à l'appelant est visé par l'article 7 de la Charte, il n'y a pas eu d'atteinte, dans ces circonstances, à cet article. Les règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice fondamentale. Ce qui est équitable dépend du contexte de l'affaire. Le droit dit clairement que les circonstances propres à chaque cas pourront justifier l'application de protections procédurales

features of subsection 38.11(2) do not fall below the level of fairness required in section 7 of the Charter.

As to whether paragraph 11(d) of the Charter, i.e. the right to a fair trial was breached, the Supreme Court of Canada has recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective. The non-disclosure of evidence or submissions at hearings under subsection 38.11(2) of the Act is rationally connected to that objective. The process to withhold sensitive information set out in section 38 of the Act involves a balancing test in which a judge weighs the public interest in non-disclosure and is empowered to authorize forms and conditions of disclosure to reflect this balancing. None of the protected and excluded information can be used at trial against the accused. Subsection 38.11(2) of the Act does not infringe the appellant's right to a fair trial and, if it does, it does so minimally and can be justified under section 1 of the Charter. When examined in context, the challenged provision strikes a balance between the need for protection of sensitive national security information and the rights of the individual.

Per Létourneau J.A.: The impugned process in paragraph 38.11(2) does not affect the appellant's liberty. The documents found at that process to be prejudicial to national security will not be used in the appellant's criminal trial. Only if documents relevant to the appellant's defence are withheld from disclosure will the appellant's liberty interests be affected. This does not result from the *ex parte* process but from the decision on relevancy or disclosure. The *ex parte* process in paragraph 38.11(2) of the Act is designed to prevent a breach of confidentiality of the documents subject to public interest immunity. It is a necessary, reasonable, equitable and practical process to ensure the protection of legitimate privileges and immunities. Such process does not violate section 7 or paragraph 11(d) of the Charter.

Per Pelletier J.A.: Section 38 of the *Canada Evidence Act* is a provision of general application. It may be invoked in circumstances which have no element of criminal law where it may, or may not, raise questions of fundamental justice. If the section 38 proceedings engage the appellant's liberty interest, it can only be because the outcome of those proceedings impinges upon the conduct of the criminal trial, in that they may result in an order authorizing the non-disclosure of secret information, that is information in respect of which notice has been given pursuant to section 38.01, which may be relevant to the appellant's defence. In the context of a criminal prosecution, section 38 proceedings raise an issue of full answer and defence because subsections 38.06(2) and (3)

autres. En l'espèce, les dispositions du paragraphe 38.11(2) ne tombent pas en deçà du degré d'équité requis par l'article 7 de la Charte.

Quant à la question de savoir s'il y a eu atteinte à l'alinéa 11d) de la Charte, c'est-à-dire au droit à un procès équitable, la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel. La non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu du paragraphe 38.11(2) de la Loi présente un lien rationnel avec cet objectif. La procédure de non-communication de renseignements sensibles qui est exposée à l'article 38 de la Loi requiert une mise en balance au cours de laquelle le juge évalue les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgence et il a le pouvoir d'autoriser les formes et conditions de divulgation reflétant cette mise en balance. Aucun des renseignements protégés et exclus ne pourra être utilisé au procès contre l'accusé. Le paragraphe 38.11(2) de la Loi ne porte pas atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable et, s'il lui porte atteinte, il le fait d'une manière minimale, qui peut se justifier par l'article premier de la Charte. Examinée dans son contexte, la disposition contestée établit un équilibre entre la nécessité de protéger des renseignements sensibles concernant la sécurité nationale et les droits de l'individu.

Le juge Létourneau, J.C.A. : Le processus contesté qui est exposé au paragraphe 38.11(2) ne porte pas atteinte à la liberté de l'appelant. Les documents jugés, durant ce processus, préjudiciables à la sécurité nationale ne seront pas utilisés dans le procès criminel de l'appelant. Ce n'est que si des documents concernant la défense de l'appelant sont soustraits à la divulgation que l'on pourra dire qu'il est porté atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Cela ne résulte pas de la procédure *ex parte* existante, mais de la décision portant sur la pertinence des renseignements ou sur leur divulgation. La procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la Loi vise à prévenir une atteinte au caractère confidentiel des documents bénéficiant d'une immunité d'intérêt public. Il s'agit d'une procédure nécessaire, raisonnable, équitable et pratique qui garantit la protection de privilèges et d'immunités légitimes. Cette procédure ne contrevient pas à l'article 7 ou à l'alinéa 11d) de la Charte.

Le juge Pelletier, J.C.A. : L'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* est une disposition d'application générale. Elle peut être invoquée dans des circonstances qui n'ont rien à voir avec le droit criminel et qui ne soulèvent pas nécessairement des questions de justice fondamentale. Si la procédure de l'article 38 met en jeu le droit de l'appelant à la liberté, ce ne peut être que parce que l'issue d'une telle procédure empiète sur le déroulement du procès criminel, en ce sens qu'elle peut se solder par une ordonnance autorisant la non-divulgence de renseignements secrets, c'est-à-dire les renseignements à l'égard desquels un avis a été signifié conformément à l'article 38.01, et qui peuvent concerner la défense de l'appelant. Dans le contexte d'une poursuite pénale,

authorize the withholding of information which may be relevant to the defence of the criminal charges. An order which deprives an accused of information relevant to his defence raises issues of full answer and defence, and of the case to be met. It is also clear that *ex parte* proceedings raise an issue of procedural fairness, an issue best described by the maxim *audi alteram partem*. However, the requirements of fundamental justice apply differently as between the fairness of the process leading to the making of an order under subsection 38.06(2) or (3) and the consequences of such an order for the appellant's trial on the criminal charges pending against him. The appellant's liberty is not affected by the process leading to a decision under subsection 38.06(1),(2) or (3), but may be affected by the making of an order thereunder. This is not to say that subsection 38.11(2) does not raise an issue of procedural fairness, which arises whether the criminal process is engaged or not. *Ex parte* proceedings authorized under subsection 38.11(2) do not raise issues of full answer and defence, and of knowing the case to be met. Neither do they engage the appellant's liberty interest simply because those proceedings have no impact upon his liberty interest even though the product of those proceeding may do so. Even if the appellant's liberty interest is engaged, subsection 38.11(2) proceedings do not affect that liberty interest other than in accordance with the principles of fundamental justice.

Another issue was whether *ex parte* proceedings are unfair in the context of section 38 proceedings. *Ex parte* proceedings serve two purposes: they allow the Attorney General to provide the Court guidance on the intelligence value, if any, of information the disclosure of which is sought, and they protect the confidentiality of that information at the same time. They are unfair because the affected party is not able to challenge the positions taken by the other party, thereby depriving the decision maker of the advantages of the adversarial system. Once the application of section 38 and its related provisions has been triggered, there is a blanket prohibition on disclosure which applies to the judge disposing of the section 38 application. Given this blanket prohibition, the judge presiding over a section 38 proceeding has no power to disclose, or to order the disclosure of, the secret information for the purpose of the section 38 application itself. The Court could not order, and the Attorney General could not be compelled to provide, disclosure of the secret information to the appellant, or anyone appointed on his behalf. The disallowance of *ex parte* proceedings would have the unintended consequence of reducing, rather than increasing scrutiny of the Attorney General's allegations with respect to injury to national security without providing any additional protection for the accused

la procédure de l'article 38 soulève la question du droit de présenter une défense pleine et entière parce que les paragraphes 38.06(2) et (3) autorisent la non-divulgence de renseignements qui peuvent concerner la défense d'un accusé à l'encontre d'accusations criminelles. Une ordonnance qui prive un accusé de renseignements concernant sa défense soulève la question de son droit de présenter une défense pleine et entière et de connaître les éléments invoqués contre lui. Il est également clair que les audiences *ex parte* soulèvent une question d'équité procédurale, une question qui ne saurait être mieux circonscrite que par la maxime *audi alteram partem*. Cependant, les exigences de la justice fondamentale s'appliquent différemment, selon qu'il s'agit de l'équité du processus conduisant au prononcé d'une ordonnance selon les paragraphes 38.06(2) ou (3), ou des conséquences d'une telle ordonnance quant au procès de l'appellant sur les accusations criminelles portées contre lui. La liberté de l'appellant n'est pas réduite par le processus conduisant à une décision fondée sur l'un des paragraphes 38.06(1), (2) ou (3), mais peut être réduite par le prononcé d'une ordonnance fondée sur l'un de ces paragraphes. Cela ne veut pas dire que le paragraphe 38.11(2) ne soulève pas une question d'équité procédurale, qui se pose que la procédure criminelle soit engagée ou non. Les audiences *ex parte* qu'autorise le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en cause la question du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, ni la question du droit d'un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui. Elles ne mettent pas non plus en jeu le droit de l'appellant à la liberté, et cela simplement parce qu'elles n'ont aucune incidence sur son droit à la liberté, même si l'issue de telles procédures peut avoir une telle incidence. Même si le droit de l'appellant à la liberté est en jeu, la procédure du paragraphe 38.11(2) ne réduit pas ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Se pose également la question de savoir si les audiences *ex parte* sont injustes dans le contexte de la procédure de l'article 38. Les audiences *ex parte* ont deux objets : elles permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur, le cas échéant, des renseignements dont la divulgation est demandée et, simultanément, elles préservent la confidentialité des renseignements en cause. Elles ne sont pas équitables parce que la partie concernée n'est pas en mesure de contester les positions adoptées par l'autre partie, privant ainsi le décideur des avantages du système accusatoire. Une fois déclenchée l'application de l'article 38 et de ses dispositions connexes, il y a interdiction générale de divulgation, interdiction qui s'applique au juge appelé à statuer sur la demande. Étant donné cette interdiction générale, le juge qui préside une instance introduite en vertu de l'article 38 n'a pas le pouvoir de procéder à la divulgation, ou d'ordonner la divulgation, des renseignements secrets aux fins de la demande elle-même présentée en vertu de l'article 38. La Cour ne pourrait pas ordonner, et le procureur général ne pourrait pas être contraint d'assurer, la divulgation des renseignements secrets à l'appellant, ou à quiconque nommé en son nom. L'interdiction de la tenue d'audiences *ex parte* aurait pour conséquence inattendue de réduire, au lieu d'accroître,

person's interests. The capacity of the decision maker to arrive at a fair and prudent decision has in the circumstances been improved, over what it would otherwise have been, by the fact of *ex parte* proceedings. The absence of the appellant means that the Attorney General could speak freely and specifically of the risks of disclosure but more importantly, the applications Judge could ask specific questions and expect specific answers. The appellant failed to show that subsection 38.11(2) is constitutionally invalid for depriving him of his right to liberty other than in accordance with the principles of fundamental justice. *Ex parte* proceedings appear to be the best way to ensure that the judge's decision as to the public interest in non-disclosure is as well informed as it could be. The appellant's challenge to subsection 38.11(2) on the basis that it infringed his right to a fair and public trial also failed. Nothing in subsection 38.11(2) has any incidence upon his right to a public trial. All of the state's evidence against him will be put in an open courtroom.

l'examen des allégations du procureur général portant sur le préjudice à la sécurité nationale, sans pour autant fournir une protection additionnelle aux droits de l'accusé. La capacité de l'instance décisionnelle d'arriver à une décision équitable et raisonnable a, dans ces conditions, été améliorée, grâce aux audiences *ex parte*, par rapport à ce qu'elle aurait été autrement. L'absence de l'appellant signifie que le procureur général peut parler librement et explicitement des risques que pose la divulgation, mais, aspect plus important, le juge de première instance peut lui poser des questions précises et compter sur des réponses précises. L'appellant n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) est invalide sur le plan constitutionnel parce qu'il le prive de son droit à la liberté autrement qu'en accord avec les principes de justice fondamentale. La tenue d'audiences *ex parte* semble la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est aussi informée qu'elle pourrait l'être. La contestation par l'appellant du paragraphe 38.11(2) au motif que cette disposition porte atteinte à son droit à un procès public et équitable n'était pas non plus recevable. Le paragraphe 38.11(2) n'a aucune incidence sur son droit à un procès public. Toute la preuve qui pèse contre lui sera exposée en audience publique.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 "potentially injurious information" (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), (2) (as enacted *idem*, s. 43), 38.03 (as enacted *idem*), 38.04(1) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), (5) (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.09 (as enacted *idem*), 38.1 (as enacted *idem*), 38.11 (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 11.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 11.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 (éditée par L.C. 2001, ch. 41, art. 4).

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » 38.01 (édité, *idem*), (édité par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), 38.02(1) (édité, *idem*, art. 43, 141), (2) (édité, *idem*, art. 43), 38.03 (édité, *idem*), 38.04(1) (édité, *idem*, art. 43, 141), (5) (édité, *idem*, art. 43, 141), 38.06 (édité, *idem*, art. 43), 38.09 (édité, *idem*), 38.1 (édité, *idem*), 38.11 (édité, *idem*), 38.14 (édité, *idem*).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Ruby v. Canada (Solicitor General), [2002] 4 S.C.R. 3; 2002, 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Charkouli c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *La Reine c. Oakes*,

C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 14 O.A.C. 335; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554; (2006), 266 D.L.R. (4th) 101; 207 C.C.C. (3d) 225; 37 C.R. (6th) 1; 140 C.R.R. (2d) 1; 210 O.A.C. 200; 2006 SCC 15; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547; (2007), 219 C.C.C. (3d) 305; 47 C.R. (6th) 346; 2007 FC 490.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Khawaja, [2008] 1 F.C.R. 621; 2007 FC 463; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; (1991), 120 A.R. 161; [1992] 1 W.W.R. 97; 83 Alta. L.R. (2d) 93; 68 C.C.C. (3d) 1; 8 C.R. (4th) 277; 130 N.R. 277; 8 W.A.C. 161; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 48 Imm. L.R. (3d) 211; 2004 FC 1717; *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329; (1989), 36 Admin. L.R. 261; 68 C.R. (3d) 173; 92 N.R. 292 (C.A.).

REFERRED TO:

Attorney General of Manitoba v. National Energy Board, [1974] 2 F.C. 502; (1974), 48 D.L.R. (3d) 73 (T.D.); *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299; (2004), 247 D.L.R. (4th) 405; 126 C.R.R. (2d) 298; 42 Imm. L.R. (3d) 165; 328 N.R. 201; 2004 FCA 421; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Canada (Attorney General) v. Ribic* (2001), 221 F.T.R. 310; 2002 FCT 839; *Application under s. 83.23 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248; (2004), 240 D.L.R. (4th) 81; [2005] 2 W.W.R. 605; 199 B.C.A.C. 45; 33 B.C.L.R. (4th) 195; 184 C.C.C. (3d) 449; 21 C.R. (6th) 82; 121 C.R.R. (2d) 1; 322 N.R. 205; 2004 SCC 42; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32; (2006), 271 D.L.R. (4th) 407; 350 N.R. 154; 2006 SCC 31.

APPEAL from a Federal Court decision ([2008] 1 F.C.R. 621; 2007 FC 463) upholding the constitutional validity of subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*. Appeal dismissed.

[1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554; 2006 CSC 15; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547; 2007 CF 490.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Khawaja, [2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717; *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie, [1974] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.); *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299; 2004 CAF 421; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839; *Demande fondée sur l'art. 83.23 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248; 2004 CSC 42; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32; 2006 CSC 31.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2008] 1 R.C.F. 621; 2007 CF 463), qui a confirmé la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Appel rejeté.

APPEARANCES:

Lawrence Greenspon and Eric Granger for appellant.

Linda J. Wall for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Greenspon, Brown & Associates, Ottawa, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] RICHARD C.J.: This proceeding arises from a challenge to the constitutional validity of subsection 38.11(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985, c. C-5] [hereinafter also CEA or Act] by the the appellant, Mohammad Momin Khawaja, and comes before us as the result of an appeal from a judgment of Chief Justice Lutfy of the Federal Court upholding the constitutional validity of that provision (*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.)).

[2] Subsection 38.11(2) of the Act reads as follows:

38.11 (1) ...

(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*.

[3] Subsection 38.11(2) allows the Attorney General to make *ex parte* representations as of right, and any other party to do the same with leave of the Court. *Ex parte* means a procedural step that is taken for the benefit of one party only and no notice is given to the adverse party (*Attorney General of Manitoba v. National*

ONT COMPARU :

Lawrence Greenspon et Eric Granger pour l'appellant.

Linda J. Wall pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Greenspon, Brown & Associates, Ottawa, pour l'appellant.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD : La présente instance résulte de la contestation, par l'appellant, Mohammad Momin Khawaja, de la validité constitutionnelle du paragraphe 38.11(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5] (la LPC). L'appellant prie la Cour de casser le jugement du juge en chef Lutfy, de la Cour fédérale, qui a confirmé la validité constitutionnelle de cette disposition : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.).

[2] Le paragraphe 38.11(2) de la LPC est ainsi formulé :

38.11 (1) [...]

(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).

[3] Le paragraphe 38.11(2) donne le droit au procureur général de présenter ses observations en l'absence d'autres parties, et il offre cette possibilité à toute autre partie, si la Cour y consent. Une audience *ex parte* s'entend d'une mesure prise à l'avantage d'une partie seulement, sans qu'avis ne soit donné à l'autre partie :

Energy Board, [1974] 2 F.C. 502 (T.D.)). *Ex parte* proceedings do not have to be held *in camera* (*Ruby* [*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3], at paragraph 26). It should be noted that the appellant in this case is not challenging the provisions of subsection 38.11(1) [as enacted *idem*], which deal with *in camera* proceedings, simply subsection 38.11(2) and the *ex parte* process.

[4] Section 38 [see paragraph 102 of these reasons] of the *Canada Evidence Act* establishes a scheme for dealing with information which, if disclosed, would cause injury to Canada's national security, or international relations or national defence. The latter is not relevant in this proceeding.

[5] The section 38 process is preliminary or ancillary to the main proceeding. Here the main proceeding is a criminal trial.

[6] The representations referred to in subsection 38.11(2) arise in the course of an application commenced as the result of a notice given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(2) [as enacted *idem*, s. 43] which reads:

38.01 (1) ...

(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.

[7] Where a participant in a proceeding is required or expects to disclose information that is potentially sensitive or injurious to national security, national defence, or international relations, this participant is required to give notice to the Attorney General of Canada as soon as possible pursuant to subsection 38.01(1) [as enacted *idem*] of the *Canada Evidence Act*. The Attorney General can either authorize the disclosure of the information pursuant to section 38.03 [as enacted

Procureur général du Manitoba c. Office national de l'énergie, [1974] 2 C.F. 502 (1^{re} inst.). Il n'est pas nécessaire qu'une audience *ex parte* se déroule à huis clos (arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)* [[2002] 4 R.C.S. 3], au paragraphe 26). Il convient de noter que l'appelant ne conteste pas les dispositions du paragraphe 38.11(1) [édicte, *idem*], qui traite des audiences à huis clos, simplement les dispositions du paragraphe 38.11(2) et la procédure *ex parte*.

[4] L'article 38 de la LPC fixe le régime [voir le paragraphe 102 des présents motifs] d'après lequel sont traités les renseignements dont la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale du Canada. Celle-ci ne concerne pas la présente instance.

[5] La procédure prévue par l'article 38 est une instance préliminaire, ou accessoire à l'instance principale. Ici, l'instance principale est un procès criminel.

[6] Les observations dont parle le paragraphe 38.11(2) ont lieu dans le cadre d'une demande déposée à la suite d'un avis signifié au procureur général conformément au paragraphe 38.01(2) [édicte, *idem*, art. 43], lequel est ainsi formulé :

38.01 (1) [...]

(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.

[7] Lorsqu'une partie à une instance est tenue de divulguer ou prévoit divulguer des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales, elle doit en donner avis dès que possible au procureur général du Canada, en application du paragraphe 38.01(1) [édicte, *idem*] de la LPC. Le procureur général peut soit autoriser la divulgation des renseignements conformément à

idem] of the *Canada Evidence Act*, or else may make an application to the Federal Court pursuant to subsection 38.04(1) [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act* seeking an order prohibiting the disclosure of the information covered by the notice.

[8] The Federal Court then proceeds with the section 38 application pursuant to subsection 38.04(5) [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, and determines the parties to the application. The Federal Court is then ultimately asked to make an order pursuant to section 38.06 [as enacted *idem*, s. 43] of the *Canada Evidence Act* by applying the following three-step process (*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.), at paragraphs. 17–21).

(a) Is the information in question relevant to the proceeding in which disclosure is sought? If no, the information should not be disclosed. If yes, then,

(b) Will disclosure of the information in question be injurious to national security, national defence, or international relations? If no, the information should be disclosed. If yes, then,

(c) Does the public interest in disclosure of the information in question outweigh the public interest in prohibiting disclosure of the information in question? If yes, then the information should be disclosed. If no, then the information should not be disclosed.

[9] The first two steps consist of an inquiry as to whether the information is relevant and, if so, whether its disclosure would be injurious to national security, international affairs or national defence, while the third step consists of a balancing of competing interests.

[10] In drafting section 38 of the Act, the legislator included a number of significant procedural protections which circumscribe the right of non-disclosure, including the following:

l'article 38.03 [édicte, *idem*] de la LPC, soit prier la Cour fédérale, en application du paragraphe 38.04(1) [édicte, *idem*, art. 43, 141], de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements visés par l'avis.

[8] La Cour fédérale étudie alors, comme le prévoit le paragraphe 38.04(5) [édicte, *idem*, art. 43, 141] de la LPC, la demande présentée en vertu de l'article 38 et détermine les parties à la demande. Puis elle rend une ordonnance en application de l'article 38.06 [édicte, *idem*, art. 43] de la LPC, en appliquant le processus suivant, un processus en trois étapes (*Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.), aux paragraphes 17 à 21).

a) Les renseignements en cause intéressent-ils l'instance au cours de laquelle leur divulgation est demandée? Dans la négative, les renseignements ne doivent pas être divulgués. Dans l'affirmative, alors,

b) La divulgation des renseignements en cause sera-t-elle préjudiciable à la sécurité nationale, à la défense nationale ou aux relations internationales? Dans la négative, les renseignements doivent être divulgués. Dans l'affirmative, alors,

c) Les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation des renseignements en cause l'emportent-elles sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation des renseignements en cause? Dans l'affirmative, les renseignements doivent alors être divulgués. Dans la négative, les renseignements ne doivent pas être divulgués.

[9] Les deux premières étapes consistent à se demander si les renseignements sont pertinents et, dans l'affirmative, si leur divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale, tandis que, pour la troisième étape, il s'agit de mettre en balance des intérêts rivaux.

[10] Lorsqu'il a rédigé l'article 38 de la LPC, le législateur y a inséré plusieurs importantes protections procédurales qui circonscrivent le droit de non-divulgation, à savoir les protections suivantes :

(i) Section 38.03 authorizes the Attorney General to disclose all or part of the information at any time;

(ii) Parliament has authorized the designated judge to consider the conditions of disclosure most likely to limit injury to national security in subsection. 38.06(2) of the CEA;

(iii) Sections 38.09 [as enacted *idem*, s. 43] and 38.1 [as enacted *idem*] of the CEA provide, respectively, an appeal as of right to the Federal Court of Appeal and, with leave, to the Supreme Court of Canada;

(iv) Section. 38.14 [as enacted *idem*] of the CEA establishes additional procedural safeguards to protect the right of the accused to a fair trial, including allowing the trial judge to stay criminal charges;

(v) Subsection. 38.11(2) of the CEA gives the party seeking disclosure of the secret information the right to request the opportunity to make representations in the absence of any other party, including the Attorney General.

[11] Subsection 38.11(2) is not an autonomous provision applied independently of the other sections in section 38 of the Act. This subsection refers to subsections 38.04(5) and 38.06(1) to (3). Although subsection 38.11(2) only refers to the *ex parte* procedure, this procedure is only necessary if non-disclosure of confidential information is requested by the Attorney General.

[12] As stated earlier, the main proceeding is a criminal trial in which the appellant stands charged on an indictment alleging a total of seven counts under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, Part II.1 [ss. 83.01–83.33 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 4)] for terrorist-related offences. The appellant is in custody awaiting trial in the Ontario Superior Court of Justice.

[13] The lead prosecutor in the criminal case delivered two notices to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) of the *Canada Evidence Act*, in relation to the documents which the prosecution had disclosed or expected to disclose to the defence in the

i) selon l'article 38.03, le procureur général peut autoriser à tout moment la divulgation de la totalité ou d'une partie des renseignements;

ii) le législateur a autorisé, au paragraphe 38.06(2) de la LPC, le juge désigné à envisager les conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté à la sécurité nationale;

iii) les articles 38.09 [édicte, *idem*, art. 43] et 38.1 [édicte, *idem*] de la LPC prévoient respectivement un appel de plein droit devant la Cour d'appel fédérale et, avec autorisation, devant la Cour suprême du Canada;

iv) l'article 38.14 [édicte, *idem*] de la LPC établit des sauvegardes procédurales additionnelles destinées à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, en autorisant notamment le juge de première instance à ordonner l'arrêt des accusations criminelles;

v) le paragraphe 38.11(2) de la LPC donne à la partie qui demande la divulgation de renseignements secrets la possibilité, de présenter ses observations en l'absence de toute autre partie, y compris du procureur général.

[11] Le paragraphe 38.11(2) n'est pas une disposition autonome devant s'appliquer indépendamment des autres dispositions de l'article 38 de la LPC. Ce paragraphe renvoie aux paragraphes 38.04(5) et 38.06(1) à (3). Le paragraphe 38.11(2) ne parle que de l'instance *ex parte*, mais cette instance n'est nécessaire que si la non-divulgation de renseignements confidentiels est demandée par le procureur général.

[12] Comme je l'ai dit plus haut, l'instance principale est un procès criminel dans lequel l'appelant est inculpé, en application du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie II.1 [art. 83.01 à 83.33 (édicteés par L.C. 2001, ch. 41, art. 4)], d'un total de sept infractions liées au terrorisme. L'appelant, qui est en détention, attend d'être jugé devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[13] Le poursuivant principal dans le procès criminel a signifié deux avis au procureur général, en application du paragraphe 38.01(1) de la LPC, à propos des documents que la poursuite avait communiqués, ou prévoyait de communiquer, à la défense dans le procès

criminal case. The notices informed the Attorney General of the possibility of disclosure of sensitive or potentially injurious information in connection with the criminal proceeding. In relation to each of the notices, the Attorney General concluded that some of the information could be disclosed while the balance could not, pursuant to section 38.03 of the *Canada Evidence Act*. Following this, the section 38 application was commenced at the Federal Court.

[14] The disclosure by the prosecutor in the main proceeding was made pursuant to the *Stinchcombe* rule (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326). This rule which is applicable to criminal proceedings provides that the Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence. However, Crown counsel has a duty to respect the rules of privilege and to protect the identity of informers. Discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. The absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure. This privilege is reviewable on the ground that it is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence in a particular case (*Stinchcombe*, at pages 339-340).

[15] The appellant is not challenging the *Stinchcombe* disclosure made by the lead prosecutor but the process by which the Attorney General of Canada can claim a national security privilege for certain documents or passages of certain documents proposed to be disclosed by the lead prosecutor.

[16] The information at issue in the application is in the possession of several agencies, including the RCMP, the Canada Border Services Agency and the Canadian Security Intelligence Service. It is found in documents contained in a total of 23 binders filed with the Federal Court, in two sets, respectively, of 18 binders and 5 binders.

[17] The Attorney General filed several private affidavits explaining in general terms the need to protect

criminel. Les avis informaient le procureur général de la possibilité que soient divulgués, dans le cadre de la procédure criminelle, des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. Pour chacun des avis, le procureur général a conclu, en application de l'article 38.03 de la LPC, que certains des renseignements pouvaient être divulgués et les autres non. C'est alors que la demande prévue par l'article 38 a été déposée devant la Cour fédérale.

[14] Le poursuivant dans l'instance principale a procédé à la divulgation des renseignements en application de la règle *Stinchcombe* (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326). Selon cette règle, qui est applicable aux instances criminelles, le ministère public a l'obligation légale de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Cependant, il incombe à l'avocat du ministère public de respecter les règles du privilège de non-divulgation et de taire l'identité des indicateurs. Il doit aussi montrer du discernement en ce qui concerne la pertinence des renseignements. Le refus absolu de divulguer des renseignements qui sont utiles pour la défense ne peut se fonder que sur l'existence d'un privilège légal soustrayant lesdits renseignements à la divulgation. Ce privilège peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire s'il ne constitue pas une limite raisonnable au droit de présenter une défense pleine et entière dans un cas donné (arrêt *Stinchcombe*, aux pages 339 et 340).

[15] L'appelant ne conteste pas la divulgation faite par le poursuivant principal en vertu de l'arrêt *Stinchcombe*, mais plutôt la procédure qui permet au procureur général du Canada d'alléguer un privilège fondé sur la sécurité nationale pour certains documents, ou des passages de certains documents, que le poursuivant principal se propose de divulguer.

[16] Les renseignements en cause dans la demande sont en la possession de plusieurs organismes, dont la GRC, l'Agence des services frontaliers du Canada et le Service canadien du renseignement de sécurité. Ils se trouvent dans des documents contenus dans un total de 23 classeurs déposés auprès de la Cour fédérale, répartis en deux ensembles de 18 et 5 classeurs respectivement.

[17] Le procureur général a déposé plusieurs affidavits privés expliquant en termes généraux la nécessité de

the information at issue from disclosure. Several *ex parte* affidavits were also filed.

[18] Counsel for the appellant received the private affidavits and redacted copies of all of the documents containing the information sought to be protected from disclosure or further disclosure on the section 38 application.

[19] The appellant's counsel cross-examined each of the private affiants on their affidavits.

[20] The appellant did not request the opportunity to make *ex parte* representations on behalf of the appellant.

[21] In *Canada (Attorney General) v. Ribic*, this Court held that “[t]he application to a judge of the Trial Division is an application whereby the judge is required to make an initial determination, i.e., to determine whether the statutory prohibition of disclosure should be confirmed or not: see subsection 38.06(3)... which says that if the judge does not authorize disclosure, he or she shall, by order, confirm the prohibition of disclosure. In proceedings under section 38.04, the judge is required to make his own decision as to whether the statutory ban ought to be lifted or not and issue an order accordingly” (at paragraph 15).

[22] The appellant claims that his rights under section 7 and paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) have been breached during the course of this proceeding by reason of the Judge hearing the application having given the Attorney General of Canada the opportunity to make representations *ex parte* pursuant to subsection 38.11(2). These representations took the form of affidavits, written memoranda and oral submissions.

[23] The question to be determined is whether the *ex parte* procedure contained in subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* breaches the appellant's rights under section 7 and/or paragraph 11(d) of the Charter and, if so, whether this breach can be justified under section 1 of the Charter. These rights read as follows:

soustraire les renseignements en cause à la divulgation. Plusieurs affidavits *ex parte* ont également été déposés.

[18] L'avocat de l'appelant a reçu les affidavits privés, et des copies expurgées de tous les documents contenant les renseignements que la demande présentée selon l'article 38 vise à soustraire à la divulgation ou à une divulgation complémentaire.

[19] L'avocat de l'appelant a contre-interrogé chacun des déposants privés au sujet de leurs affidavits.

[20] L'appelant n'a pas demandé qu'on puisse présenter des observations *ex parte* en son nom.

[21] Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, la Cour a jugé que « [l]a demande adressée à un juge de la Section de première instance est une demande par laquelle le juge est prié de rendre une décision initiale, c'est-à-dire de décider si l'interdiction législative de la divulgation devrait ou non être confirmée : voir le paragraphe 38.06(3) [...], qui dit que, si le juge n'autorise pas la divulgation, il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation. Dans une procédure selon l'article 38.04, le juge est tenu de décider par lui-même si l'interdiction législative doit être levée ou non et de rendre une ordonnance en conséquence » (au paragraphe 15).

[22] L'appelant dit qu'il a été porté atteinte, au cours de la présente instance, aux droits que lui reconnaît l'article 7 et l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), parce que le juge qui a instruit la demande a donné au procureur général du Canada la possibilité de présenter des observations *ex parte*, en application du paragraphe 38.11(2). Ces observations ont pris la forme d'affidavits, de documents et de conclusions orales.

[23] Le point à décider est celui de savoir si la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC porte atteinte aux droits conférés à l'appelant par l'article 7 et (ou) par l'alinéa 11d) de la Charte et, dans l'affirmative, si cette atteinte peut se justifier selon l'article premier de la Charte. Les droits en question sont ainsi formulés :

1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

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

...

11. Any person charged with an offence has the right

...

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

[24] At the outset, I note that subsection 38.11(2) applies to all proceedings and not only to criminal proceedings. Therefore, it may arise in circumstances where paragraph 11(d) of the Charter is not engaged.

[25] I also note that in all cases the duty of counsel appearing on behalf of the Ministers in an *ex parte* proceeding is one of utmost good faith in the representations made to the judge. No relevant information may be withheld during these proceedings (*Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299 (F.C.A.)). The principle of full and frank disclosure in *ex parte* proceedings is a fundamental principle of justice that has often been recognized by the Supreme Court (*Ruby v. Canada (Solicitor General)*, at paragraph 27).

[26] The appellant has described the issue in dispute as “whether or not subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* accords with the principles of fundamental justice and whether or not subsection 38.11(2) infringed Khawaja’s right to a fair trial pursuant to subsection 11(d) of the *Charter*” (appellant’s factum, at paragraph 27). Furthermore, “the real problem created by subsection 38.11(2), ... is the inability for the accused to be represented and for the interests of the accused to be fully advanced or advanced at all in the *ex parte* sessions” (appellant’s factum, at paragraph. 60).

1. *La Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

[...]

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

[...]

11. Tout inculpé a le droit :

[...]

d) d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l’issue d’un procès public et équitable.

[24] Je relève d’emblée que le paragraphe 38.11(2) s’applique à toutes les instances, et pas seulement aux instances de nature criminelle. Il peut donc intervenir dans des cas où l’alinéa 11d) de la Charte n’est pas en jeu.

[25] Je relève aussi que, dans tous les cas, l’obligation de l’avocat qui comparaît au nom des ministres dans une audience *ex parte* est une obligation d’absolue bonne foi lorsqu’il présente des observations au juge. Aucun renseignement pertinent ne peut être soustrait à la divulgation durant une telle audience (arrêt *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299 (C.A.F.)). Le principe d’une divulgation complète et franche dans une audience *ex parte* est un principe de justice fondamentale qui a souvent été reconnu par la Cour suprême (arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, au paragraphe 27).

[26] L’appelant a décrit ainsi le point en litige : [TRADUCTION] « le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* s’accorde-t-il ou non avec les principes de justice fondamentale et a-t-il ou non porté atteinte au droit de M. Khawaja à un procès équitable, un droit que lui reconnaît l’alinéa 11d) de la *Charte*? » (mémoire de l’appelant, au paragraphe 27). Par ailleurs, [TRADUCTION] « la réelle difficulté suscitée par le paragraphe 38.11(2) [...] est l’impossibilité pour l’accusé d’être représenté, et l’impossibilité pour les intérêts de l’accusé d’être pleinement défendus, si tant

[27] The respondent's position is that "the outcome of the process under section 38 of the *CEA* has no direct or immediate impact on any liberty interest. The section 38 process is preliminary or ancillary to the main 'proceeding'" (respondent's factum, at paragraph 63). However, the respondent also acknowledges that "the Appellant's liberty interest is potentially engaged by the section 38 *CEA* process; however, it is crucial to examine the context" (respondent's factum, at paragraph 21).

[28] I propose to examine firstly the appellant's claim that section 7 of the Charter is infringed. In his reasons, Lutfy C.J. determined that, given the nature of the criminal charges against the appellant, "the respondent's liberty interests as protected under section 7 are engaged" (reasons for order, at paragraph 29). For the purpose of this appeal, I am prepared to proceed on the basis that the appellant's liberty interest is engaged by section 7 of the Charter.

[29] However, for the reasons given by the Supreme Court of Canada in *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711 and *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, as well as in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, I conclude that section 7 of the Charter had not been infringed in these circumstances. The Supreme Court of Canada has held that "[t]he scope of principles of fundamental justice will vary with the context and the interests at stake" (*Chiarelli*, at page 743). That Court has also held that fundamental justice does not compel full disclosure of government national security information and that *ex parte* features of legislation do not fall below the level of fairness required in this section of the Charter (*Ruby*, at paragraph 21).

[30] In *Ruby*, which cites *Chiarelli* extensively, Justice Arbour explained that "[t]he principles of fundamental justice are informed in part by the rules of natural justice and the concept of procedural fairness. What is fair in a

est qu'ils puissent l'être, durant les audiences *ex parte* » (mémoire de l'appellant, au paragraphe 60).

[27] Selon l'intimé, [TRADUCTION] « l'issue de la procédure prévue par l'article 38 de la *LPC* n'a aucune répercussion directe ou immédiate sur un quelconque droit à la liberté. Il s'agit d'une procédure préliminaire, ou accessoire à la "procédure" principale » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 63). Cependant, l'intimé reconnaît aussi que [TRADUCTION] « le droit de l'appellant à la liberté pourrait être mis en jeu par la procédure de l'article 38 de la *LPC*; cependant, il est indispensable d'examiner le contexte » (mémoire de l'intimé, au paragraphe 21).

[28] Je me propose d'examiner d'abord l'argument de l'appellant selon lequel il y a atteinte à l'article 7 de la Charte. Dans ses motifs, le juge en chef Lutfy a estimé que, vu la nature des accusations criminelles contre l'appellant, « le droit à la liberté garanti par l'article 7 au défendeur est en jeu » (motifs de l'ordonnance, au paragraphe 29). Aux fins du présent appel, je suis disposé à présumer que le droit à la liberté garanti à l'appellant est visé par l'article 7 de la Charte.

[29] Cependant, pour les motifs exposés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, et dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, ainsi que dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, j'arrive à la conclusion qu'il n'a pas été porté atteinte, dans ces circonstances, à l'article 7 de la Charte. Selon la Cour suprême du Canada, « [l]a portée des principes de justice fondamentale varie selon le contexte et la nature des intérêts en jeu » (arrêt *Chiarelli*, à la page 743). La Cour suprême a aussi jugé que la justice fondamentale n'emporte pas divulgation intégrale des renseignements en la possession du gouvernement qui concernent la sécurité nationale et que les dispositions législatives requérant la tenue d'audiences *ex parte* respectent l'obligation d'équité découlant de cette disposition de la Charte (arrêt *Ruby*, au paragraphe 51).

[30] Dans l'arrêt *Ruby*, où l'arrêt *Chiarelli* est cité abondamment, la juge Arbour expliquait que « [l]es règles de justice naturelle et la notion d'équité procédurale font partie des principes de justice

particular case will depend on the context of the case: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743” (*Ruby*, at paragraph 39). Justice Arbour also cites La Forest J. for the majority in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 361, and quoted with approval in *Chiarelli*, at page 743:

It is clear that, at a minimum, the requirements of fundamental justice embrace the requirements of procedural fairness (see, e.g., the comments to this effect of Wilson J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 212-13). It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather, they vary according to the context in which they are invoked. Thus, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another.

Justice Arbour, at paragraph 39, continues to say that:

In assessing whether a procedure accords with the principles of fundamental justice, it may be necessary to balance the competing interests of the state and individual: *Chiarelli*, *supra*, at p. 744, citing *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539. It is also necessary to consider the statutory framework within which natural justice is to operate. The statutory scheme may necessarily imply a limit on disclosure. “The extent of the disclosure required by natural justice may have to be weighed against the prejudice to the scheme of the Act which disclosure may involve”: W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 509. See also *Baker*, *supra*, at para. 24.

[31] The law is clear in saying that the specific circumstances of each situation could justify the application of different procedural protections. In some contexts, procedural protections will be constitutionally mandated, but not in others. I believe that in the situation before me, the features of subsection 38.11(2) do not fall below the level of fairness required in section 7 of the Charter.

fondamentale. Ce qui est équitable dans une affaire donnée dépend du contexte de cette affaire : *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743 » (arrêt *Ruby*, au paragraphe 39). La juge Arbour cite aussi le juge La Forest, qui s’exprimait au nom des juges majoritaires de la Cour suprême dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361 (cité avec approbation dans l’arrêt *Chiarelli*, à la page 743) :

Évidemment, les exigences de la justice fondamentale englobent tout au moins l’équité en matière de procédure (voir, par exemple, les observations dans ce sens faites par le juge Wilson dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 212 et 213). Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. Ainsi, certaines garanties en matière de procédure pourraient être requises par la Constitution dans une situation donnée et ne pas l’être dans une autre.

La juge Arbour, au paragraphe 39, poursuit ainsi :

Pour juger si une procédure est conforme à la justice fondamentale, il peut être nécessaire de soupeser les intérêts opposés de l’État et du particulier : *Chiarelli*, précité, p. 744, citant *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 539. Il est également nécessaire d’examiner le cadre législatif dans lequel doivent être appliquées les règles de justice naturelle. Ce cadre peut, par nécessité, impliquer la restriction de la communication de la preuve : [TRADUCTION] « L’étendue de la communication de la preuve requise par la justice naturelle peut devoir être appréciée au regard du préjudice que la communication est susceptible de causer au régime établi par la Loi » : W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8^e éd. 2000), p. 509. Voir également l’arrêt *Baker*, précité, par. 24.

[31] Le droit dit clairement que les circonstances propres à chaque cas pourront justifier l’application de protections procédurales autres. Dans certains contextes, les protections procédurales auront une origine constitutionnelle, mais non dans d’autres. Je crois que, dans l’affaire dont je suis saisi, les dispositions du paragraphe 38.11(2) ne tombent pas en deçà du degré d’équité requis par l’article 7 de la Charte.

[32] I now turn to the claim of Charter breach under paragraph 11(d) of the Charter, i.e. the right to a fair trial.

[33] It is not inappropriate at this stage to recall that the Supreme Court of Canada has already recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 68).

[34] The *ex parte* provision applies at each of the three steps of the judge's inquiry under section 38 of the *Canada Evidence Act*.

[35] I propose to examine the legislated provisions for *in camera* and *ex parte* proceedings at each of the three steps that *Ribic* has mandated.

[36] The first is the issue of relevance. At this first step, the role of the judge, as described in *Ribic*, at paragraph 17, is:

The first task of a judge hearing an application is to determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not in the usual and common sense of the *Stinchcombe* rule, that is to say in the case at bar information, whether inculpatory or exculpatory, that may reasonably be useful to the defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at page 740. This is undoubtedly a low threshold. This step remains a necessary one because, if the information is not relevant, there is no need to go further and engage scarce judicial resources. This step will generally involve an inspection or examination of the information for that purpose. The onus is on the party seeking disclosure to establish that the information is in all likelihood relevant evidence.

[37] It should be noted that the *Stinchcombe* obligation to disclose is imposed by law and not by the *Canada Evidence Act*. The designated judge is examining the relevance of documents already proposed to be produced by the Crown prosecutor. The judge is dealing only with those documents and is not called upon to determine whether other documents exist or should be produced.

[32] Je passe maintenant à l'affirmation selon laquelle il y a eu atteinte à l'alinéa 11d) de la Charte, c'est-à-dire atteinte au droit à un procès équitable.

[33] Il n'est pas inopportun à ce stade de rappeler que la Cour suprême du Canada a déjà reconnu que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel (arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, au paragraphe 68).

[34] Les dispositions relatives aux instances *ex parte* s'appliquent à chacune des trois étapes de l'examen entrepris par le juge en vertu de l'article 38 de la LPC.

[35] Je me propose d'examiner les dispositions relatives aux audiences à huis clos et aux audiences *ex parte* pour chacune des trois étapes imposées dans l'arrêt *Ribic*.

[36] La première étape concerne la question de la pertinence. Pour cette première étape, le rôle du juge, décrit dans l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 17, est le suivant :

La première tâche d'un juge qui instruit une demande consiste à dire si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents ou non, au sens habituel et courant, d'après la règle exposée dans l'arrêt *Stinchcombe*, plus précisément, dans le cas qui nous occupe, de dire si les renseignements, qu'il s'agisse d'éléments de preuve à charge ou à décharge, pourraient raisonnablement être utiles pour la défense : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la page 740. Il s'agit là sans aucun doute d'un seuil de faible niveau. Cette étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et de mobiliser des ressources judiciaires comptées. Cette étape nécessitera en général, à cette fin, une inspection ou un examen des renseignements. C'est à la partie qui demande leur divulgation qu'il appartient de prouver que les renseignements sont très probablement des éléments de preuve pertinents.

[37] Il convient de noter que l'obligation de divulguer, énoncée dans l'arrêt *Stinchcombe*, résulte du droit, et non de la LPC. Le juge désigné examine la pertinence de documents que l'avocat du ministère public se propose déjà de communiquer. Le juge ne considère que ces documents, il n'est pas invité à dire si d'autres documents existent ou devraient être communiqués.

[38] As stated in *Ribic*, the test for relevance is a low threshold (*Ribic*, at paragraph 17).

[39] The presence of counsel for the accused at this stage would not assist counsel for the accused person in obtaining the disclosure of additional documents. Any concerns that counsel may have that the test of relevance could be made without the judge being aware of the theory of the defence can be addressed by counsel of the accused persons requesting an *ex parte* hearing with the judge.

[40] The next step for the judge to follow, as described in *Ribic*, at paragraphs 18-20 is:

Where the judge is satisfied that the information is relevant, the next step pursuant to section 38.06 is to determine whether the disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security. This second step will also involve, from that perspective, an examination or inspection of the information at issue. The judge must consider the submissions of the parties and their supporting evidence. He must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Secretary of State for the Home Department v. Tehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), at paragraph 55. It is a given that it is not the role of the judge to second-guess or substitute his opinion for that of the executive. As Lord Hoffmann said in *Rehman*, at paragraph 762 in relation to the September 11 events in New York and Washington, referred to in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33:

They are a reminder that in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the Crown on the question of whether support for terrorist activities in a foreign country constitutes a threat to national security. It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decision, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

This means that the Attorney General's submissions regarding his assessment of the injury to national security, national defence or international relations, because of his

[38] Comme on peut le lire dans l'arrêt *Ribic*, le critère de la pertinence constitue un seuil de faible niveau (arrêt *Ribic*, au paragraphe 17).

[39] La présence de l'avocat de l'accusé à ce stade ne l'aidera pas à obtenir la divulgation de documents additionnels. Si l'avocat de l'accusé croit que la pertinence des documents pourrait être établie sans que le juge soit informé de la thèse de la défense, il pourra solliciter la tenue d'une audience *ex parte* avec le juge.

[40] Puis le juge passe à l'étape suivante, ainsi décrite dans l'arrêt *Ribic*, aux paragraphes 18 à 20 :

Lorsque le juge est d'avis que les renseignements sont pertinents, il doit ensuite se demander, selon l'article 38.06, si la divulgation des renseignements serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Cette deuxième étape nécessitera elle aussi, selon cette perspective, un examen ou une inspection des renseignements en cause. Le juge doit considérer les représentations des parties et les preuves qu'elles ont pour les appuyer. Il doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve : *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] 3 W.L.R. 877 (H.L.), au paragraphe 55. Il est de règle qu'il n'appartient pas au juge de reconsidérer l'avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis. Ainsi que le disait lord Hoffmann dans l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 62, à propos des événements survenus le 11 septembre 2001 à New York et à Washington, un précédent mentionné dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33 :

[TRADUCTION] Ces événements nous rappellent que, en matière de sécurité nationale, le prix de l'erreur peut être très élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter les décisions des ministres du gouvernement sur la question de savoir si l'appui apporté à des activités terroristes menées à l'étranger menace la sécurité nationale. Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

Cela veut dire que les conclusions du procureur général concernant son évaluation du préjudice pour la sécurité nationale, la défense nationale ou les relations internationales,

access to special information and expertise, should be given considerable weight by the judge required to determine, pursuant to subsection 38.06(1)... whether disclosure of the information would cause the alleged and feared injury. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public. If his assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it. I should add that a similar norm of reasonableness has been adopted by the House of Lords: see *Rehman*, at paragraph 55 where Lord Hoffmann mentions that the Special Immigration Appeals Commission may reject the Home Secretary's opinion when it was "one which no reasonable minister advising the Crown could in the circumstances reasonably have held".

An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure. The burden of convincing the judge of the existence of such probable injury is on the party opposing disclosure on that basis.

[41] This second step involves an assessment as to whether disclosure of the particular information would cause the alleged injury. At this stage, it is incumbent on the Attorney General of Canada to show that the assessment of fear of disclosure is reasonable and the burden of convincing the judge of the existence of probable injury is on the Attorney General of Canada (*Ribic*, at paragraphs 18-20). The presence and participation of counsel for the accused at such stage of the inquiry would be at best marginal, and particularly so, where counsel could not obtain access to the documents for which privilege is claimed.

[42] An authorization to disclose will issue if the judge is satisfied that no injury would result from public disclosure (*Ribic*, at paragraph 20).

[43] The final step for the judge to follow in the three-part *Ribic* test is, at paragraph 21:

Upon a finding that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge then moves to the final state of the inquiry which consists in determining whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The party seeking disclosure of the information bears the burden of proving that the public interest scale is tipped in its favour.

devraient, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise, se voir conférer un crédit considérable de la part du juge appelé à décider, en application du paragraphe 38.06(1) [...], si la divulgation des renseignements causerait le préjudice appréhendé. Le procureur général exerce un rôle protecteur envers la sécurité du public. Si l'évaluation qu'il fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter. J'ajouterais que la Chambre des lords a adopté une norme similaire en matière d'évaluation raisonnable : voir l'arrêt *Rehman*, au paragraphe 55, où lord Hoffmann précise que la Commission spéciale des appels en matière d'immigration peut rejeter l'avis du ministre de l'Intérieur lorsque c'est un avis [TRADUCTION] « auquel aucun ministre raisonnable conseillant la Couronne n'aurait pu raisonnablement arriver, eu égard aux circonstances ».

Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements. C'est à la partie qui s'oppose à la divulgation en alléguant un éventuel préjudice qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité de ce préjudice.

[41] Cette deuxième étape requiert que l'on évalue si la divulgation des renseignements en cause causerait le préjudice allégué. À ce stade, il incombe au procureur général du Canada de montrer que la crainte suscitée par une éventuelle divulgation est raisonnable, et c'est au procureur général du Canada qu'il appartient de convaincre le juge de la probabilité du préjudice (arrêt *Ribic*, aux paragraphes 18 à 20). Le rôle de l'avocat de l'accusé à ce stade de l'examen serait au mieux marginal, surtout s'il n'a pu obtenir l'accès aux documents à l'égard desquels un privilège est revendiqué.

[42] Une autorisation de divulgation sera donnée si le juge est persuadé qu'aucun préjudice ne résulterait d'une divulgation publique des renseignements (arrêt *Ribic*, au paragraphe 20).

[43] Le juge passe alors à l'étape finale du triple critère de l'arrêt *Ribic*, au paragraphe 21 :

Après qu'il est arrivé à la conclusion que la divulgation des renseignements sensibles entraînerait un préjudice, le juge passe alors à l'étape finale de l'enquête, qui consiste à dire si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l'intérêt public milite en sa faveur.

[44] This balance of competing interests is the critical feature of the proceeding. Even where disclosure would be injurious, the information may still be released if the judge determines that public interest in disclosure exceeds the injury to national security.

[45] In summary, the process to withhold sensitive information set out in section 38 of the *Canada Evidence Act* involves a balancing test in which a judge weighs the public interest in non-disclosure and is empowered to authorize forms and conditions of disclosure to reflect this balancing.

[46] As I noted at the outset, none of the protected and excluded information can be used at trial against the accused. Additionally, the judge presiding at a criminal proceeding has further powers under section 38.14 of the *Canada Evidence Act* to protect the right of an accused to a fair trial by making: (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 proceedings; and (c) an order finding against any party on any issue relating to information the disclosure of which is prohibited.

[47] It is useful here to evoke the words used by Chief Justice McLachlin in *Charkaoui*; “Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303” (at paragraph 85).

[48] I conclude that the impugned provision of the CEA does not infringe the appellant’s right to a fair trial and, if it does, it does so minimally and can be justified under section 1 of the Charter.

[49] The *Oakes* test (*The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) is used to determine whether a violation of a Charter right can be justified under section 1 of the Charter. This test requires that the legislation limiting a right must have a pressing and substantial objective and

[44] Cette mise en balance d’intérêts opposés est l’aspect critique de l’instance. Même lorsque la divulgation serait préjudiciable, les renseignements pourront néanmoins être communiqués si le juge estime que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur le préjudice pour la sécurité nationale.

[45] En résumé, la procédure de non-communication de renseignements sensibles qui est exposée dans l’article 38 de la LPC requiert une mise en balance au cours de laquelle le juge évalue les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation et il a le pouvoir d’autoriser des formes et conditions de divulgation reflétant cette mise en balance.

[46] Comme je l’ai dit au début, aucun des renseignements protégés et exclus ne pourra être utilisé au procès contre l’accusé. En outre, le juge qui préside une instance criminelle est investi, en vertu de l’article 38.14 de la LPC, du pouvoir additionnel de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, en rendant une ordonnance : a) qui annule un chef d’accusation d’un acte d’accusation ou d’une dénonciation, ou qui autorise l’instruction d’un chef d’accusation ou d’une dénonciation pour une infraction moins grave ou une infraction incluse; b) qui ordonne l’arrêt des procédures; c) à l’encontre de toute partie sur toute question liée aux renseignements dont la divulgation est interdite.

[47] Il est utile ici de rappeler les propos tenus par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt *Charkaoui* : « Pour atteindre son objectif, le législateur n’est pas tenu d’utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui est la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303 » (au paragraphe 85).

[48] J’arrive à la conclusion que la disposition contestée de la LPC ne porte pas atteinte au droit de l’appelant à un procès équitable et, si elle lui porte atteinte, elle le fait d’une manière minimale, qui peut se justifier selon l’article premier de la Charte.

[49] Le critère de l’arrêt *Oakes* (*La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) sert à déterminer si l’atteinte à un droit garanti par la Charte peut se justifier selon l’article premier de la Charte. Selon ce critère, la loi qui restreint un droit doit présenter un objectif urgent et réel et

proportional means. The requirement of proportionality calls for: (a) means rationally connected to the objective; (b) the minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

[50] As I noted earlier, the Supreme Court of Canada recognized that the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective (*Charkaoui*, at paragraph 68). I am of the view that the non-disclosure of evidence or submissions at hearings under subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* is rationally connected to this objective.

[51] I believe that the minimal impairment to paragraph 11(d) Charter rights has already been demonstrated above in the analysis on the specific process of subsection 38.11(2). The sensitive balance struck in the *Canada Evidence Act* between the need to protect confidential information and the rights of accused persons was already noted by Chief Justice McLachlin in *Charkaoui*, at paragraph 77, as she explains the processes within section 38;

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 ("CEA"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has

employer un moyen proportionnel. Le critère de proportionnalité comporte trois éléments : a) les mesures adoptées doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif; b) le moyen choisi doit porter le moins possible atteinte au droit en question; et c) il doit y avoir proportionnalité entre les effets de l'atteinte et l'importance de l'objectif.

[50] Comme je l'ai dit précédemment, la Cour suprême du Canada a estimé que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources connexes de renseignements constitue un objectif urgent et réel (*Charkaoui*, au paragraphe 68). Je suis d'avis que la non-divulgence de preuves ou de conclusions au cours d'audiences tenues en vertu du paragraphe 38.11(2) de la *LPC* présente un lien rationnel avec cet objectif.

[51] Je crois que l'atteinte minimale aux droits garantis par l'alinéa 11d) de la Charte a déjà été démontrée ci-dessus, dans l'analyse de la procédure prévue par le paragraphe 38.11(2). L'équilibre subtil établi dans la *LPC* entre la nécessité de protéger des renseignements confidentiels et les droits de l'accusé a déjà été souligné par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 77, où elle explique les processus dont parle l'article 38 :

Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation de renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgence, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la

not been disclosed. While the CEA does not address the same problems as the IRPA, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. [The emphasis is ours.]

[52] The third criteria of the *Oakes* test, that which addresses the issue of proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective, is shown to be satisfied in the third step of the *Ribic* test. In order for the Attorney General to benefit from the right to non-disclosure of documents for reasons of national security, the judge has to be satisfied that the public interest in disclosure does not outweigh the Attorney General's right to evoke privilege. In this way, the proportionality between the effects of subsection 38.11(2) which are responsible for limiting the Charter right, and the objective which has been identified as of "sufficient importance" remains fair. As stated in *Ribic*, "Parliament has required the designated judge to balance competing interests, not simply to protect the important and legitimate interests of the state" (*Canada (Attorney General) v. Ribic* (2001), 221 F.T.R. 310 (F.C.T.D.), at paragraph 22).

[53] In order to achieve the valid objective of protecting national security, the *Canada Evidence Act* permits *ex parte* proceedings. In my view, the challenged provision when examined in context strikes a balance between the need for protection of sensitive national security information and the rights of the individual.

[54] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[55] LÉTOURNEAU J.A.: I have had the benefit of reading the reasons prepared by the Chief Justice and by

confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus. [Non souligné dans l'original.]

[52] La troisième condition du critère *Oakes*, celle qui concerne la question de la proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'importance de l'objectif, semble remplie dans la troisième étape du critère *Ribic*. Pour que le procureur général tire parti du droit à la non-divulgation de documents pour des raisons de sécurité nationale, le juge doit être persuadé que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ne l'emportent pas sur le droit du procureur général de revendiquer le privilège. De cette manière, la proportionnalité entre les effets du paragraphe 38.11(2) qui sont à l'origine de l'atteinte au droit garanti par la Charte, et l'objectif qui a été reconnu comme « suffisamment important » demeure satisfaisante. Comme on peut le lire dans la décision *Ribic*, « [l]e législateur exige que le juge désigné pondère les intérêts opposés, et non pas seulement qu'il protège les intérêts importants et légitimes de l'État » (*Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2002 CFPI 839, au paragraphe 22).

[53] Pour que soit réalisé l'objectif valable de protection de la sécurité nationale, la *LPC* autorise la tenue d'audiences *ex parte*. À mon avis, la disposition contestée, examinée dans son contexte, établit un équilibre entre la nécessité de protéger des renseignements sensibles intéressant la sécurité nationale, et la nécessité de protéger les droits de l'individu.

[54] Pour les motifs susmentionnés, je rejeterais l'appel.

* * *

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[55] LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef et par mon

my colleague Justice Pelletier. They both come to the same conclusion but for different reasons which are in fact complementary.

[56] Justice Pelletier is of the view that the impugned process in paragraph 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* (Act) does not affect the appellant's liberty although the decisions resulting from that process may affect that liberty: see paragraph 50 of his reasons for judgment. I agree.

[57] Indeed, section 38 of the Act puts in place a mechanism to enforce the public interest immunity that it confers. The focus of this section is to ensure that documents prejudicial to national security are not publicly released unless the designated judge finds otherwise in the public interest. Of course, as in a claim of solicitor-client privilege, a claimant is denied access to the documents until a judicial determination is made as to the nature of the documents. Otherwise, the very purpose of the privilege would be defeated. The same is true for documents which should not be made public because of the resulting prejudice to national security.

[58] It is in this context that subsections 38.11(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and (2) of the Act provide for an *in camera* and an *ex parte* hearing. Both subsections refer to a process designed to ensure protection of a public interest immunity claim that the appellant, in other respects, recognizes is legitimate and valid.

[59] I fail to see how that process engages or affects the liberty of the appellant. It should be recalled that the documents found at that process to be prejudicial to national security will not be used in the appellant's criminal trial. As Justice Pelletier pointed out, it is only if documents relevant to the appellant's defence in the criminal proceedings are withheld from disclosure that the appellant's liberty rights or interests can be said to be affected. However, this does not result from the *ex parte* process in place, but from the decision on either relevancy or disclosure. This decision with respect to relevancy or the balancing of interests is reviewable and can be corrected if erroneous.

collègue le juge Pelletier. Tous deux arrivent à la même conclusion, mais pour des raisons différentes, qui en réalité sont complémentaires.

[56] Le juge Pelletier est d'avis que le processus contesté qui est exposé dans le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* (la LPC) ne porte pas atteinte à la liberté de l'appelant, encore que les décisions résultant de ce processus puissent porter atteinte à cette liberté : voir le paragraphe 50 de ses motifs. Je partage son avis.

[57] L'article 38 de la LPC institue en fait un mécanisme visant à donner effet à l'immunité d'intérêt public qu'il confère. L'objet de cette disposition est de faire en sorte que les documents susceptibles de compromettre la sécurité nationale ne soient pas divulgués à moins que le juge désigné n'en décide autrement dans l'intérêt public. Naturellement, comme pour le privilège du secret professionnel de l'avocat, il ne sera pas possible d'obtenir communication des documents tant qu'un juge ne se sera pas prononcé sur la nature des documents. Autrement, l'objectif même du privilège serait mis en échec. Il en va de même pour les documents qui ne devraient pas être rendus publics en raison du préjudice qui en résulterait pour la sécurité nationale.

[58] C'est dans ce contexte que les paragraphes 38.11(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et (2) de la LPC prévoient la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte*. Les deux paragraphes parlent d'un processus destiné à protéger une immunité d'intérêt public dont l'appelant, par ailleurs, reconnaît la légitimité et la validité.

[59] Il m'est difficile de voir en quoi ce processus met en jeu ou compromet la liberté de l'appelant. Il faut se rappeler que les documents jugés, durant ce processus, préjudiciables à la sécurité nationale ne seront pas utilisés dans le procès criminel de l'appelant. Comme le faisait observer le juge Pelletier, ce n'est que si des documents concernant la défense de l'appelant dans l'instance criminelle sont soustraits à la divulgation que l'on pourra dire qu'il est porté atteinte au droit de l'appelant à la liberté. Cependant, cela ne résulte pas de la procédure *ex parte* existante, mais de la décision portant sur la pertinence des renseignements ou sur leur divulgation. La décision concernant la pertinence des

[60] I share the concern of my colleague Justice Pelletier that, in the absence of an *ex parte* process of the kind found in paragraph 38.11(2), public interest immunity claims could be seriously compromised or undermined.

[61] Were the appellant authorized to be present at the hearing where the Government seeks enforcement of its public interest immunity claim, counsel for the Government would be unduly limited and restrained in his submissions and assistance to the designated judge. As a result, he would run the risk of being unable to convince the designated judge of the existence of a validly claimed immunity and of the need to protect it in the public interest.

[62] To sum up, the *ex parte* process in paragraph 38.11(2) of the Act is designed to prevent a breach of confidentiality of the documents subject to public interest immunity. It is a necessary, reasonable, equitable and practical process to ensure the protection of legitimate privileges and immunities. In my respectful view, such process in paragraph 38.11(2), which applies to public interest immunity claims made in the context of civil, administrative or penal proceedings, does not violate section 7 or paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter).

[63] In his reasons, the Chief Justice was prepared to assume, as Chief Justice Lutfy of the Federal Court did, that the appellant's liberty interest was engaged by section 7 of the Charter. If I am wrong on my approach to section 7 and, therefore, the appellant's liberty is engaged, I agree with him, for the reasons that he gave, that section 7 of the Charter has not been infringed in the circumstances.

[64] I also share his views on his analysis of paragraph 11(d) and his application of section 1 of the Charter.

[65] I would dispose of the appeal as my colleagues propose.

renseignements ou la mise en balance des intérêts est susceptible de contrôle et pourra être réformée si elle est jugée erronée.

[60] Je partage la préoccupation de mon collègue le juge Pelletier pour qui, sans une procédure *ex parte* du genre dont parle le paragraphe 38.11(2), les revendications d'immunité d'intérêt public pourraient être sérieusement compromises ou amoindries.

[61] Si la présence de l'appelant était autorisée durant l'audience où l'État revendique une immunité d'intérêt public, l'avocat de la Couronne serait indûment entravé et restreint dans les conclusions qu'il présente au juge désigné et dans l'aide qu'il lui apporte. Il s'exposerait ainsi à l'impossibilité de convaincre le juge désigné de l'existence d'une immunité validement revendiquée, et de la nécessité de protéger cette immunité dans l'intérêt public.

[62] Pour résumer, la procédure *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC vise à prévenir une atteinte au caractère confidentiel des documents bénéficiant d'une immunité d'intérêt public. Il s'agit d'une procédure nécessaire, raisonnable, équitable et pratique qui garantit la protection de privilèges et d'immunités légitimes. À mon humble avis, la procédure décrite au paragraphe 38.11(2), qui s'applique aux allégations d'immunité d'intérêt public faites dans le contexte d'instances civiles, administratives ou pénales, ne contrevient pas à l'article 7 ou à l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte).

[63] Dans ses motifs, le juge en chef était disposé à présumer, comme l'a fait le juge en chef Lutfy de la Cour fédérale, que l'article 7 de la Charte mettait en jeu le droit de l'appelant à la liberté. Si je me fourvoie dans ma manière de considérer l'article 7, et donc si la liberté de l'appelant est en jeu, alors je reconnais avec lui, pour les motifs qu'il a exposés, qu'il n'y a pas eu ici violation de l'article 7 de la Charte.

[64] Je souscris également à sa manière d'analyser l'alinéa 11d) et d'appliquer l'article premier de la Charte.

[65] Je disposerais de l'appel comme le proposent mes collègues.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

INTRODUCTION

[66] This is an appeal from the decision of Chief Justice Lutfy of the Federal Court (the applications Judge) dismissing the appellant's application to have subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act) declared unconstitutional on the ground that it infringes his rights under paragraph 11(d) as well as section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter): see *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 621 (F.C.). The rights said to be infringed are the right to freedom of the press (specifically the open court principle), the right to life, liberty and security of the person (specifically, the right to make full answer and defence, the right to disclosure, and the right to know the case to be met) and the right to a public trial. Subsection 38.11(2) is alleged to infringe upon those rights by permitting the judge hearing the Attorney General of Canada's (the Attorney General) application for a prohibition order to receive evidence and to hear representations from the Attorney General in the absence of the appellant, Mr. Khawaja.

[67] The applications Judge concluded that subsection 38.11(2) did not in fact infringe Mr. Khawaja's constitutional rights because the subsection itself, as well as the overall scheme of section 38, provide a substantial substitute for the rights curtailed by the operation of subsection 38.11(2).

[68] I would dismiss the appeal for the reasons which follow.

THE DECISION UNDER APPEAL

[69] The subject of this litigation, subsection 38.11(2) of the Act, provides as follows:

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[66] Il est interjeté appel du jugement du juge en chef Lutfy, de la Cour fédérale (le juge de première instance), qui a rejeté la demande de l'appelant visant à faire déclarer inconstitutionnel le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi), au motif que ce paragraphe porterait atteinte aux droits que lui reconnaissent l'alinéa 11d) et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) : voir *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 621 (C.F.). Les droits auxquels il aurait été porté atteinte sont le droit à la liberté de la presse (plus précisément le principe de la publicité des débats judiciaires), le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (plus précisément le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit d'un accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui) et le droit à un procès public. Le paragraphe 38.11(2) porterait atteinte à ces droits en permettant au juge saisi d'une requête en ordonnance d'interdiction déposée par le procureur général du Canada (le procureur général) de recevoir les preuves et d'entendre les observations du procureur général en l'absence de l'appelant, M. Khawaja.

[67] Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que le paragraphe 38.11(2) ne portait pas en réalité atteinte aux droits de M. Khawaja prévus par la Constitution parce que le paragraphe lui-même, ainsi que le régime général de l'article 38, offrent une importante mesure de substitution aux droits amputés par l'application du paragraphe 38.11(2).

[68] Je rejetterais l'appel, pour les motifs qui suivent.

LE JUGEMENT DE PREMIÈRE INSTANCE

[69] L'objet du présent litige, à savoir le paragraphe 38.11(2) de la Loi, prévoit ce qui suit :

38.11 (1) ...

(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*.

[70] The *ex parte* representations referred to in subsection 38.11(2) occur in the course of an application commenced as a result of the notice given to the Attorney General pursuant to section 38.01:

38.01 (1) ...

(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.

[71] In these reasons, the information which is the subject of the notice given under section 38.01 will be referred to as the “secret information.”

[72] After disposing of a number of preliminary issues, the applications Judge began his analysis by noting that the parties conceded that Mr. Khawaja’s liberty interest was engaged by the proceedings under the Act, given that they are an integral part of the process of disposing of the criminal charges pending against him. Mr. Khawaja is charged under criminal legislation relating to terrorism with six counts arising from a plan to carry out a terrorist attack in the United Kingdom.

[73] The applications Judge noted that Mr. Khawaja’s right to fundamental justice under section 7 overlapped with his right under paragraph 11(d) to a fair and public trial so that it was appropriate to deal with the two together, as a finding of infringement in one case would

38.11 (1) [...]

(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).

[70] Les observations *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) sont faites dans le cadre d’une demande déposée en conséquence de l’avis signifié au procureur général conformément à l’article 38.01 :

38.01 (1) [...]

(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.

[71] Dans les présents motifs, les renseignements qui font l’objet de l’avis signifié en vertu de l’article 38.01 seront appelés « renseignements secrets ».

[72] Après avoir décidé plusieurs points préliminaires, le juge de première instance a commencé son analyse en faisant observer que les parties reconnaissaient que le droit de M. Khawaja à la liberté était mis en jeu par l’instance introduite en vertu de la Loi, étant donné que ladite instance fait partie intégrante de la procédure introduite pour l’examen des accusations criminelles portées contre lui. M. Khawaja est accusé, en vertu des lois pénales sur le terrorisme, de six infractions, en rapport avec un complot visant à commettre un attentat terroriste au Royaume-Uni.

[73] Le juge de première instance a relevé que le droit de M. Khawaja à la justice fondamentale fondé sur l’article 7 et son droit à un procès public et équitable, un droit garanti par l’alinéa 11d) chevauchaient, de telle sorte qu’il convenait d’examiner simultanément les deux

necessarily be accompanied by a finding of infringement in the other.

[74] The applications Judge then identified the basic question before him as whether the process in question was “fundamentally unfair” to Mr. Khawaja. He noted that the context in which the question arises may affect the scope of the duty of fairness but that this does not allow the Court to engage in a balancing of the interests of the accused against the requirements of national security in the course of its section 7 analysis.

[75] The applications Judge noted that the right to know the case to be met is not absolute in that courts often proceed *ex parte* as well as *in camera*. Similarly, the right to disclosure may be affected when the information to be disclosed raises issues of national security. In either case, where it is impossible to meet the requirement of fundamental justice in the usual way, adequate substitutes for the abridged procedural protections must be found. Relying on the decision of the Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraphs 57-59 (*Charkaoui*), the applications Judge identified subsequent disclosure, judicial review and the right of appeal as adequate substitutes.

[76] Additional adequate substitutes include the fact that the Attorney General may decide to disclose parts of the information. Further, the judge hearing the section 38 application has a discretion to release the information in a form most likely to limit injury to national security. In addition, the judge presiding over the criminal trial also has a discretion to take all necessary measures to ensure fairness to the accused, including ordering a stay of proceedings. The applications Judge went on to note that subsection 38.11(2) permits the Court to hear *ex parte* representations from the person seeking disclosure of the secret information. Finally, the applications Judge noted that the three-step analysis of the appropriateness of disclosure elaborated in this Court’s decision in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.) (*Ribic*), is itself a procedural safeguard in that it

droits, puisque, s’il y avait atteinte à l’un d’eux, il y aurait nécessairement atteinte à l’autre.

[74] Le juge de première instance a alors défini la question fondamentale à laquelle il devait répondre : la procédure en question était-elle « fondamentalement inéquitable » envers M. Khawaja? Il a relevé que le contexte dans lequel la question se posait pouvait influencer sur la portée de l’obligation d’équité, mais que cela n’autorisait pas la Cour fédérale, dans son analyse fondée sur l’article 7, à mettre en balance les intérêts de l’accusé et les impératifs de la sécurité nationale.

[75] Le juge de première instance a fait observer que le droit d’un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui n’est pas un droit absolu, en ce sens que les tribunaux tiennent souvent des audiences *ex parte*, ainsi que des audiences à huis clos. Pareillement, le droit à la divulgation pourra être amoindri si les renseignements devant être divulgués soulèvent des questions de sécurité nationale. Dans l’un et l’autre cas, lorsqu’il est impossible de répondre à l’impératif de justice fondamentale de la manière habituelle, il faut trouver des substituts acceptables aux protections procédurales ainsi réduites. Se fondant sur l’arrêt rendu par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, aux paragraphes 57 à 59 (l’arrêt *Charkaoui*), le juge de première instance a considéré, parmi les substituts acceptables, la divulgation ultérieure, le contrôle judiciaire et le droit d’appel.

[76] Parmi les autres substituts acceptables, il y a la possibilité pour le procureur général de décider de divulguer une partie des renseignements. Le juge qui instruit la demande déposée en vertu de l’article 38 a aussi le pouvoir discrétionnaire d’ordonner la divulgation des renseignements de façon à restreindre le préjudice pour la sécurité nationale. En outre, le juge qui préside le procès criminel a aussi le pouvoir discrétionnaire de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir l’équité envers l’accusé, notamment le pouvoir d’ordonner la suspension d’instance. Le juge de première instance a ensuite noté que le paragraphe 38.11(2) autorise la Cour à entendre les observations *ex parte* de la personne qui demande la divulgation des renseignements secrets. Finalement, il a relevé que l’analyse en trois étapes de l’à-propos d’une divulgation,

establishes a balanced and nuanced approach to assessing the right to disclosure.

[77] Having identified these procedural safeguards, the applications Judge accorded particular importance to a further safeguard, specifically, the Court's discretion to appoint an *amicus curiae* "to read, hear, challenge and respond to the *ex parte* representations made on behalf of the government": see paragraph 50 of the applications Judge's reasons. In his view, "the Court's ability, on its own initiative or in response to a request from a party to the proceeding, to appoint an *amicus curiae* on a case-by-case basis as may be deemed necessary attenuates the respondent's concerns with the *ex parte* process": see paragraph 57 of the applications Judge's reasons.

[78] In response to the submission made by counsel for Mr. Khawaja that the appointment of an *amicus curiae* was not an adequate procedural safeguard because the authority to do so was not explicitly written into the legislation, the applications Judge pointed to the experience of the Security Intelligence Review Committee which has retained counsel to act on its behalf without any specific authorization to do so other than the power to "engage staff as it requires." The applications Judge pointed as well to the jurisprudence of the Federal Court itself, specifically *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416, in which Justice Dawson held, at paragraph 20 of her reasons, that "a power may be conferred by implication to the extent that the existence and exercise of such a power is necessary for the Court to properly and fully exercise the jurisdiction expressly conferred upon it by some statutory provision." In the applications Judge's view, the absence of an explicit power to appoint an *amicus curiae* was not a reason to exclude such a power as a means of ensuring fairness to the person seeking disclosure.

analyse faite par cette Cour dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.) (l'arrêt *Ribic*), constitue elle-même une protection procédurale, en ce sens qu'elle établit un mécanisme équilibré et nuancé d'évaluation du droit à la divulgation.

[77] Après avoir recensé ces protections procédurales, le juge de première instance a accordé une importance particulière à une autre protection, plus précisément le pouvoir discrétionnaire de la Cour de nommer un *amicus curiae* « afin qu'il puisse lire et entendre les observations présentées *ex parte* au nom de l'État, et répondre à ces observations » : voir le paragraphe 50 des motifs du juge de première instance. Selon lui, « le droit de la Cour de désigner, d'office ou à la demande d'une partie à l'instance, un ami de la cour lorsque cela s'avère nécessaire dans un cas particulier doit atténuer les réserves du défendeur au sujet de la procédure *ex parte* » : voir le paragraphe 57 des motifs du juge de première instance.

[78] En réponse à l'argument de l'avocat de M. Khawaja selon lequel la nomination d'un *amicus curiae* n'était pas une protection procédurale suffisante parce que le pouvoir de faire une telle nomination n'était pas explicitement inscrit dans la loi, le juge de première instance a évoqué le cas du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, qui a eu recours à l'assistance d'un avocat pour agir en son nom, sans avoir l'autorisation explicite de le faire, si ce n'est le pouvoir d'« engager le personnel dont il a besoin ». Le juge de première instance a également rappelé la jurisprudence de la Cour fédérale elle-même, plus précisément la décision *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416, dans laquelle la juge Dawson écrivait, au paragraphe 20 de ses motifs, qu'« un pouvoir peut être conféré implicitement dans la mesure où l'existence et l'exercice d'un tel pouvoir sont nécessaires pour permettre à la Cour d'exercer valablement et pleinement la compétence qui lui est expressément conférée par une disposition législative ». De l'avis du juge de première instance, l'absence d'un pouvoir explicite de nommer un *amicus curiae* n'était pas une raison d'exclure un tel pouvoir comme moyen de garantir l'équité à la partie qui demande la divulgation de renseignements.

[79] In the result, the applications Judge found that “section 38, including subsection 38.11(2), achieves a nuanced approach that respects the interest of the state to maintain the secrecy of sensitive information while affording mechanisms which respect the rights of the accused, including the right to full answer and defence, the right to disclosure and the right to a fair trial in the underlying criminal proceeding. I find that subsection 38.11(2) accords with section 7 and paragraph 11(d) of the Charter”: see paragraph 59 of his reasons.

[80] On the issue of the possible violation of the open court principle, the applications Judge found that the Supreme Court of Canada had confirmed the validity of *in camera ex parte* proceedings in dealing with protected information in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3 (*Ruby*). As counsel for Mr. Khawaja had not succeeded in distinguishing *Ruby*, it was the applications Judge’s view that the latter settled the issue. Accordingly, the applications Judge dismissed Mr. Khawaja’s application.

MR. KHAWAJA’S SUBMISSIONS

[81] In his memorandum of fact and law (his memorandum), Mr. Khawaja identified and addressed the following issues:

- A. Did the applications Judge fail to consider whether or not subsection 38.11(2) operates in accordance with the specific principles of fundamental justice engaged in the case at bar?
- B. Did the applications Judge err by collapsing the section 1 inquiry into section 7?
- C. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* contains substantial substitutes and procedural protections for Khawaja’s section 7 and paragraph 11(d) rights?

[79] Finalement, le juge de première instance a estimé que « l’article 38, y compris le paragraphe 38.11(2), instaure un dispositif affiné qui assure le respect, d’une part, de l’intérêt qu’a l’État à préserver la confidentialité des renseignements sensibles, d’autre part, les droits de l’accusé, notamment le droit à une défense pleine et entière, le droit à la communication de renseignements et le droit à un procès équitable lors de l’instance pénale pertinente. Je conclus que le paragraphe 38.11(2) est conforme à l’article 7 et à l’alinéa 11d) de la Charte » : voir le paragraphe 59 de ses motifs.

[80] S’agissant de la possible violation du principe de publicité des débats judiciaires, le juge de première instance a estimé que la Cour suprême du Canada avait confirmé, dans l’arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3 (l’arrêt *Ruby*), la validité des procédures à huis clos et *ex parte* portant sur des renseignements protégés. Puisque l’avocat de M. Khawaja n’avait pas réussi à établir une distinction entre les circonstances de l’arrêt *Ruby* et celles de la présente affaire, le juge de première instance a exprimé l’avis que l’arrêt *Ruby* réglait la question. Il a donc rejeté la demande de M. Khawaja.

LES ARGUMENTS DE M. KHAWAJA

[81] Dans son exposé des faits et du droit (son exposé), M. Khawaja recensait et abordait les points suivants :

- A. Le juge de première instance a-t-il négligé de se demander si le paragraphe 38.11(2) est conforme aux principes particuliers de justice fondamentale qui sont mis en jeu dans la présente affaire?
- B. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu’il a intégré dans l’analyse fondée sur l’article 7 l’examen requis par l’article premier de la Charte?
- C. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu’il a dit que l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* renferme, quant aux droits de M. Khawaja selon l’article 7 et l’alinéa 11d), d’importantes mesures de rechange et de protection?

D. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* does not create a process that is fundamentally unfair?

E. Is subsection 38.11(2) justified pursuant to section 1 of the Charter?

A. Did the applications Judge fail to consider whether or not subsection 38.11(2) operates in accordance with the specific principles of fundamental justice engaged in the case at bar?

[82] With respect to the first of these issues, Mr. Khawaja noted that in *Charkaoui*, the Supreme Court identified the five specific principles of fundamental justice which are essential components of the right to a fair trial, specifically:

- the right to a hearing;
- a hearing before an independent and impartial magistrate;
- a decision to be made by the magistrate on the basis of the facts and the law;
- the right to know the case put against one;
- the right to answer that case.

[83] Mr. Khawaja concedes that the first two of these components are not in issue in these proceedings. He did not concede that the third was not in issue but he did not pursue it in his memorandum. Mr. Khawaja argued that he was entitled to have the applications Judge address the final two components of a fair trial, the right to know the case to meet and the right to make full answer and defence, in his analysis of the validity of subsection 38.11(2). Accordingly, he says, the applications Judge erred in limiting his analysis to the global issue of fairness, as opposed to addressing the merits of each individual component of a fair trial.

D. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable?

E. Le paragraphe 38.11(2) peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

A. Le juge de première instance a-t-il négligé de se demander si le paragraphe 38.11(2) est conforme aux principes particuliers de justice fondamentale qui sont mis en cause dans la présente affaire?

[82] S'agissant du premier de ces points, M. Khawaja a relevé que, dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada a recensé les cinq principes de justice fondamentale suivants, qui sont des éléments essentiels du droit à un procès équitable :

- le droit d'être entendu;
- devant un magistrat indépendant et impartial;
- qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit;
- le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui;
- le droit d'y répondre.

[83] M. Khawaja reconnaît que les deux premiers de ces éléments ne sont pas en cause dans la présente instance. Il n'a pas reconnu que le troisième élément n'était pas en cause, mais il n'a pas insisté sur ce point dans son exposé. Il a fait valoir qu'il était fondé à ce que le juge de première instance examine, dans son analyse de la validité du paragraphe 38.11(2), les deux derniers éléments d'un procès équitable, à savoir le droit d'un accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui, et le droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, affirme-t-il, le juge de première instance a commis une erreur parce qu'il a limité son analyse à la question globale de l'équité, au lieu d'examiner le fond de chacun des éléments d'un procès équitable.

B. Did the applications Judge err by collapsing the section 1 inquiry into section 7?

[84] Mr. Khawaja raises this issue in spite of the application Judge's explicit reference to the Supreme Court's *dictum* in *Charakaoui* to the effect that national security concerns cannot be used to limit the extent of the rights guaranteed by section 7. According to Mr. Khawaja, if there is to be a balancing of interests as between his section 7 rights and the demands of national security, it must occur in the context of the section 1 analysis and not by a restrictive definition of the specific rights themselves. Mr. Khawaja points to the following paragraph from the applications Judge's reasons [at paragraph 37] as an indication of the balancing which he says the latter undertook in the course of his section 7 analysis:

An analysis of national security considerations is inherently engaged in section 38 proceedings. The sensitive information in issue arguably necessitates *ex parte* review. However, section 38 provides a number of substantial substitutes to accommodate the competing interests of fundamental justice. These protections are set out below.

[85] This passage was then followed by a lengthy analysis of the "substantial substitutes" and "procedural protections" described above. According to Mr. Khawaja, this is a clear indication that the applications Judge was impermissibly balancing interests while assessing the fairness of the procedure under section 38.

C. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* contains substantial substitutes and procedural protections for Khawaja's section 7 and paragraph 11(d) rights?

[86] Mr. Khawaja's third issue involves an examination of the "substantial substitutes" and "procedural safeguards" identified by the applications Judge. In Mr. Khawaja's view, substantial substitutes must address his right to know the case to meet and his right to make full answer and defence to that case in order to be constitutionally significant.

B. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a intégré dans l'analyse fondée sur l'article 7 l'examen requis par l'article premier de la Charte?

[84] M. Khawaja soulève ce point en dépit de la référence explicite du juge de première instance à la remarque incidente faite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charakaoui*, remarque selon laquelle les impératifs de la sécurité nationale ne peuvent servir à limiter l'étendue des droits garantis par l'article 7. Selon M. Khawaja, s'il doit y avoir une mise en balance de ses droits selon l'article 7 et des impératifs de la sécurité nationale, cette mise en balance doit se faire dans le contexte de l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte, et non par une définition restrictive des droits eux-mêmes. Selon M. Khawaja, le paragraphe suivant des motifs du juge de première instance [au paragraphe 37] atteste la mise en balance que, dit-il, le juge a faite au cours de son analyse fondée sur l'article 7 :

Le recours prévu par l'article 38 donne forcément lieu à l'analyse des considérations relatives à la sécurité nationale. On peut ainsi soutenir que les renseignements sensibles concernés appellent un examen *ex parte*. L'article 38 prévoit toutefois d'autres façons d'informer l'intéressé pour l'essentiel de façon à ce que soient mis en balance les intérêts divergents en matière de justice fondamentale. Nous examinerons ci-dessous ces mesures de protection.

[85] Ce passage était suivi d'une longue analyse des « importantes mesures de remplacement » et « protections procédurales » évoquées plus haut. Selon M. Khawaja, cela montre clairement que le juge de première instance mettait, à tort, les intérêts en balance tout en mesurant le niveau d'équité de la procédure prévue par l'article 38.

C. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* renferme, quant aux droits de M. Khawaja selon l'article 7 et l'alinéa 11(d), d'importantes mesures de rechange et de protection?

[86] Le troisième point soulevé par M. Khawaja requiert un examen des « importantes mesures de rechange » et « de protection » évoquées par le juge de première instance. De l'avis de M. Khawaja, les importantes mesures de rechange doivent, pour être pertinentes sur le plan constitutionnel, porter sur son droit de connaître la preuve qui pèse contre lui et son

[87] The fact that the Attorney General can disclose the secret information at any time does not address the issue of procedural safeguards at all. The Attorney General alone decides whether or not to disclose the information and to what extent, without being required to consider the interests of persons seeking disclosure.

[88] Similarly, the fact that the Federal Court judge has the discretion to order the release of all, or some, or a summary of the secret information does not address the fairness of the process by which the judge decides whether to do so or not. It is the process itself which Mr. Khawaja challenges.

[89] Mr. Khawaja further contends that the right of appeal to the Federal Court of Appeal and, with leave, to the Supreme Court of Canada, does not address the case-to-meet principle. The level of disclosure on the appeal is the same as it was in the Federal Court. Given that it is the fairness of the procedure in the Federal Court which is being challenged, a right of appeal which involves the same procedure does nothing to address the lack of fairness which is the subject of the proceedings. In both the application and the appeal, the interested person does not know the content of the secret information and does not know the content of the *ex parte* representations made by the Attorney General.

[90] According to Mr. Khawaja, the right of the trial judge to address any unfairness by an appropriate order, up to and including a stay of proceedings, is not a substantial substitute. It is simply the recognition that the Federal Court has no jurisdiction over the criminal proceedings themselves. The constitutional problem does not arise once the Federal Court decides that the preponderance of the public interest favours non-disclosure. It arises in the process by which that determination is made. The provision of a remedy once that conclusion has been reached does not vitiate the unfairness of the process.

droit de présenter une défense pleine et entière en réponse à cette preuve.

[87] Le fait que le procureur général puisse à tout moment divulguer les renseignements secrets ne répond nullement à la question des mesures procédurales de protection. Le procureur général décide seul s'il convient ou non de divulguer les renseignements, et dans quelle mesure, sans être tenu de prendre en compte les intérêts de ceux qui demandent leur divulgation.

[88] Pareillement, le fait qu'un juge de la Cour fédérale a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la divulgation de la totalité, d'une partie ou d'un résumé des renseignements secrets, ne concerne pas l'équité du processus par lequel le juge décide s'il est opportun ou non d'ordonner telle divulgation. C'est le processus lui-même que conteste M. Khawaja.

[89] M. Khawaja prétend aussi que le droit d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale et, avec autorisation, devant la Cour suprême du Canada, ne tient pas compte du principe qui autorise l'accusé à connaître la preuve qui pèse contre lui. Le degré de divulgation au niveau de l'appel est le même que ce qu'il était devant la Cour fédérale. Étant donné que c'est l'équité de la procédure introduite devant la Cour fédérale qui est contestée, un droit d'appel qui fait intervenir la même procédure ne fait rien pour corriger l'absence d'équité qui fait l'objet de l'instance. Dans la demande comme dans l'appel, l'intéressé ne connaît pas le contenu des renseignements secrets et ne connaît pas le contenu des observations *ex parte* présentées par le procureur général.

[90] Selon M. Khawaja, le droit du juge de première instance de corriger toute inéquité en rendant l'ordonnance qui s'impose, y compris en ordonnant l'arrêt des procédures, ne constitue pas une importante mesure de rechange. C'est simplement reconnaître que la Cour fédérale n'a pas compétence pour statuer sur les affaires pénales elles-mêmes. Le problème constitutionnel ne se pose pas une fois que la Cour fédérale juge que les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation l'emportent sur celles qui justifient la divulgation. Il se pose dans le processus par lequel la Cour fédérale arrive à cette décision. Une fois la décision rendue, le redressement accordé n'efface pas le caractère inéquitable du processus.

[91] Mr. Khawaja says that the right to make *ex parte* representations of his own does not in any way address the unfairness which results from the Attorney General's ability to make representations in his absence.

[92] According to Mr. Khawaja, the *Ribic* test does not address the lack of fairness inherent in *ex parte* representations. The third leg of that test requires the interested person to demonstrate that the public interest in disclosure exceeds the public interest in non-disclosure, a test which it is practically impossible to meet when the person has none of the secret information and no opportunity to respond to the Crown's *ex parte* representations.

[93] Mr. Khawaja's position as to the appointment of an *amicus curiae* is that it is but a mere possibility, since the legislation does not specifically give the Court that power. Furthermore, even if the Court can appoint an *amicus curiae*, that person is to assist the Court, not the accused (in the case of a criminal proceeding). Consequently, the *amicus curiae* is not in a position to receive confidential information and instructions from the accused, with a view to advancing the latter's interests. More to the point, Mr. Khawaja doubts that the Court can deny the Crown its right to proceed *ex parte* by means of the appointment of an *amicus curiae* when the right to proceed *ex parte* is guaranteed in the Act.

D. Did the applications Judge err in holding that section 38 of the *Canada Evidence Act* does not create a process that is fundamentally unfair?

[94] Mr. Khawaja's fourth issue puts into question the applications Judge's conclusion that section 38 does not create a process that is fundamentally unfair. In brief, Mr. Khawaja argues that the applications Judge erred in not addressing the specific components of the right to a fair process. Had he done so, the argument goes, he would not have come to the conclusion to which he came.

[91] M. Khawaja dit que le droit de présenter lui-même des observations *ex parte* ne corrige nullement l'injustice qui résulte du droit du procureur général de présenter des observations en son absence.

[92] Selon M. Khawaja, le critère de l'arrêt *Ribic* ne corrige pas l'absence d'équité qui entache le mécanisme des observations *ex parte*. Le troisième volet de ce critère requiert de l'intéressé qu'il prouve que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, une exigence qu'il est pratiquement impossible de respecter quand l'intéressé ne détient aucun des renseignements secrets et n'a pas la possibilité de répondre aux observations *ex parte* présentées par la Couronne.

[93] La position de M. Khawaja à propos de la nomination d'un *amicus curiae* est qu'il s'agit là d'une simple possibilité, puisque la loi ne donne pas explicitement ce pouvoir à la Cour. Par ailleurs, même si la Cour peut nommer un *amicus curiae*, celui-ci vient en aide à la Cour et non pas à l'accusé (dans le cas d'une instance criminelle). Par conséquent, l'*amicus curiae* n'est pas en position de recevoir des renseignements confidentiels et des directives de l'accusé, en vue de défendre les intérêts de ce dernier. Plus exactement, M. Khawaja doute que la Cour puisse, en nommant un *amicus curiae*, nier à la Couronne le droit de celle-ci de procéder *ex parte* puisque le droit de procéder *ex parte* est garanti par la Loi.

D. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur parce qu'il a dit que l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable?

[94] Le quatrième point soulevé par M. Khawaja met en doute la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'article 38 n'établit pas un processus qui est fondamentalement inéquitable. En bref, M. Khawaja a fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur parce qu'il n'a pas examiné les divers éléments du droit à un procès équitable. L'eût-il fait, affirme M. Khawaja, il ne serait pas arrivé à la conclusion à laquelle il est arrivé.

[95] In particular, Mr. Khawaja says that the applications Judge cannot rely on *dicta* in *Charkaoui* to the effect that the process under section 38 is fairer than the process which was provided in the case of security certificates. Mr. Khawaja argues that the comments made by the Supreme Court were made in the context of the disclosure which results from a section 38 application, not the disclosure available to the interested person in the course of the section 38 application. Mr. Khawaja goes on to note that the problems inherent in the *ex parte* proceedings are made all the more acute by the fact that the judge may receive, in the course of those proceedings, evidence which would not otherwise be legally admissible. The interested person has no opportunity in those circumstances to show the unreliability of that evidence.

[96] Mr. Khawaja's position on this branch of the case is best summarized by the following passage, taken from paragraph 74 of his memorandum:

The statement of the law in *Charkaoui* could not be more clear and applies to the case at bar: where the liberty of an accused person is at stake, as in the criminal context, the accused must know the case he has to meet or else a substantial substitute has to be provided or else section 7 and 11(d) are violated. As the *ex parte* proceedings deprive Khawaja of knowing his case to meet, and there is no substantial substitute provided under the *Canada Evidence Act*, it is submitted that the section 38 process is fundamentally unfair, and Khawaja's sections 7 and 11(d) rights are violated.

E. Is subsection 38.11(2) justified pursuant to section 1 of the Charter?

[97] The last of the five issues identified by Mr. Khawaja is whether the breach of his rights under sections 7 and 11 is justified under section 1 of the Charter. This analysis goes beyond the applications Judge's reasons since he concluded that there was no breach and therefore no need to undertake the analysis required by section 1.

[98] Mr. Khawaja concedes that the protection of information the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to Canada's national security is

[95] Plus précisément, M. Khawaja dit que le juge de première instance ne pouvait pas se fonder sur des remarques incidentes, faites dans l'arrêt *Charkaoui*, selon lesquelles le processus prévu par l'article 38 est plus équitable que le processus qui s'appliquait aux certificats de sécurité. M. Khawaja fait valoir que les remarques de la Cour suprême se rapportaient à la divulgation qui résulte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 et non à la divulgation à laquelle peut prétendre l'intéressé dans le cadre d'une telle demande. Puis M. Khawaja relève que les difficultés propres aux audiences *ex parte* sont d'autant plus grandes que le juge peut recevoir, au cours de telles audiences, une preuve qui par ailleurs ne serait pas légalement recevable. L'intéressé n'a pas la possibilité, dans ce contexte, de montrer que cette preuve n'est pas digne de foi.

[96] La position de M. Khawaja, sur cet aspect du dossier, est le mieux résumée par le passage suivant, extrait du paragraphe 74 de son exposé :

[TRADUCTION] L'état du droit, exposé dans l'arrêt *Charkaoui*, ne pourrait être plus clair, et il s'applique à la présente affaire : lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, comme c'est le cas dans un contexte pénal, l'accusé doit connaître les éléments invoqués contre lui, ou alors une importante mesure de rechange doit lui être offerte, sans quoi il y a atteinte à l'article 7 et à l'alinéa 11d). Puisque l'audience *ex parte* empêche M. Khawaja de connaître les éléments invoqués contre lui, et puisqu'il n'y a aucune importante mesure de rechange prévue dans la *Loi sur la preuve au Canada*, il est allégué que la procédure de l'article 38 est fondamentalement inéquitable, et qu'il y a atteinte aux droits garantis à M. Khawaja par l'article 7 et l'alinéa 11d).

E. Le paragraphe 38.11(2) peut-il se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

[97] Le dernier des cinq points recensés par M. Khawaja est celui de savoir si l'atteinte aux droits que lui garantissent les articles 7 et 11 se justifie au regard de l'article premier de la Charte. Cette analyse va au-delà des motifs du juge de première instance, puisque le juge est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait aucune atteinte du genre et qu'il n'était donc pas nécessaire de faire l'analyse requise par l'article premier.

[98] M. Khawaja reconnaît que la protection de renseignements dont on peut raisonnablement croire que la divulgation serait préjudiciable à la sécurité nationale

a pressing and substantial objective, and that subsection 38.11(2) is rationally connected to this objective. The issue is whether the procedure mandated by subsection 38.11(2) minimally impairs his constitutional rights.

[99] To demonstrate that *ex parte* proceedings do not minimally impair his rights under sections 7 and 11, Mr. Khawaja suggests a number of less intrusive measures. He says that *ex parte* proceedings could be deleted in their entirety. The proceedings could be held *in camera* and the record of proceedings sealed. Counsel could provide an undertaking not to further disclose the materials, not even to his client. Alternatively, the evidence and the submissions could be disclosed to independent counsel with the appropriate security clearance who could represent the interests of the accused in the course of the hearings before the Federal Court.

[100] Finally, Mr. Khawaja argues that the deleterious effects of the section 38 procedure far outweigh its purported benefits due to the increased risk of a wrongful conviction. His position is that national security concerns are insufficient to justify any abridgement of constitutionally protected rights.

STATEMENT OF ISSUES

[101] This appeal raises the following issues:

- 1 – Is Mr. Khawaja’s liberty interest engaged by proceedings under section 38?
- 2 – Are *ex parte* proceedings a denial of fundamental justice?
- 3 – If not, are *ex parte* proceedings in a section 38 application a denial of fundamental justice?
- 4 – If they are not, are they a denial of Mr. Khawaja’s rights to a fair and public trial under paragraph 11(d) of the Charter?

du Canada est un objectif urgent et réel, et que le paragraphe 38.11(2) présente un lien rationnel avec cet objectif. Il s’agit de savoir si la procédure prévue par le paragraphe 38.11(2) porte une atteinte minimale aux droits fondamentaux de M. Khawaja.

[99] Pour prouver que les audiences *ex parte* ne portent pas atteinte de façon minimale aux droits que lui reconnaissent les articles 7 et 11, M. Khawaja suggère plusieurs mesures moins intrusives. Il dit que les audiences *ex parte* pourraient être supprimées dans leur intégralité. Les audiences pourraient se dérouler à huis clos et le procès-verbal d’audience pourrait être scellé. L’avocat pourrait s’engager à ne pas communiquer davantage les pièces du dossier, pas même à son client. Subsidiairement, les preuves et conclusions pourraient être communiquées à un avocat indépendant, muni d’une habilitation de sécurité, qui pourrait représenter les intérêts de l’accusé au cours des audiences tenues devant la Cour fédérale.

[100] Finalement, M. Khawaja fait valoir que les effets nuisibles de la procédure prévue par l’article 38 l’emportent largement sur les supposés avantages de cette procédure, et ce, en raison du risque accru d’une déclaration injustifiée de culpabilité. Selon lui, les impératifs de la sécurité nationale ne suffisent pas à justifier l’amputation de droits garantis sur le plan constitutionnel.

ÉNONCÉ DES POINTS LITIGIEUX

[101] Le présent appel soulève les points suivants :

- 1 – Le droit de M. Khawaja à la liberté est-il mis en jeu par les audiences tenues en vertu de l’article 38?
- 2 – Les audiences *ex parte* constituent-elles un déni de justice fondamentale?
- 3 – Dans la négative, les audiences *ex parte*, tenues dans le cadre d’une demande présentée en vertu de l’article 38, constituent-elles un déni de justice fondamentale?
- 4 – Dans la négative, reviennent-elles à nier le droit de M. Khawaja à un procès public et équitable selon ce que prévoit l’alinéa 11d) de la Charte?

ANALYSIS

Issue No. 1 – How is Mr. Khawaja’s liberty interest engaged by proceedings under section 38?

[102] A few terms need to be defined for the sake of clarity. I will use the expression “section 38 proceedings” to refer to the whole of the process contemplated by sections 38 to 38.16 of the Act. The expression “injurious information” has the same meaning as “potentially injurious information” [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] does in the Act [at section 38], namely “information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security.” Secret information was defined earlier in these reasons to mean information in respect of which notice has been given pursuant to section 38.01.

[103] Since the Attorney General conceded that Mr. Khawaja’s liberty interest was engaged by the section 38 proceedings, the applications Judge did not address the nature of that engagement, which is the threshold question for the application of section 7. Since the requirements of fundamental justice vary according to the context (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at page 361), the manner in which subsection 38.11(2) engages Mr. Khawaja’s liberty interest will define the specific rights, or elements of fundamental justice, at stake.

[104] Mr. Khawaja is best placed to tell us how his liberty interest is engaged by subsection 38.11(2). The material portions of his notice of constitutional question succinctly set out his position. I have taken the liberty of dropping certain non-contentious paragraphs and renumbering the others, which leaves the following:

A - The principles of fundamental justice dictate that where a court is assessing such a claim for privilege, the criminal accused is entitled to know the case he has to meet in opposing the privilege claim, is entitled to know the evidence that is being relied upon in support of the privilege claim and to present evidence to refute the evidence being tendered in support of the privilege claim, and is entitled to know the representations being made by the party seeking to uphold the

ANALYSE

Point n° 1 – Le droit de M. Khawaja à la liberté est-il mis en jeu par les audiences tenues en vertu de l’article 38?

[102] Quelques termes doivent être définis, par souci de clarté. J’emploierai l’expression « procédure de l’article 38 » pour évoquer l’ensemble du processus envisagé par les articles 38 à 38.16 de la Loi. L’expression « renseignements préjudiciables » a le même sens que l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables » [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] employée dans la Loi [à l’article 38], c’est-à-dire « [l]es renseignements qui, s’ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ». L’expression « renseignements secrets », définie plus haut dans les présents motifs, signifie les renseignements à l’égard desquels un avis a été signifié conformément à l’article 38.01.

[103] Puisque le procureur général a admis que le droit de M. Khawaja à la liberté était mis en jeu par la procédure de l’article 38, le juge de première instance ne s’est pas attardé sur la nature de cette mise en jeu, ce qui est le préalable de l’application de l’article 7. Puisque les exigences de la justice fondamentale varient selon le contexte (voir l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361), la manière dont le paragraphe 38.11(2) met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté définira les droits particuliers, ou les éléments de la justice fondamentale, qui sont en cause.

[104] M. Khawaja est le mieux placé pour nous dire en quoi son droit à la liberté est mis en jeu par le paragraphe 38.11(2). Les passages essentiels de son avis de question constitutionnelle exposent succinctement sa position. J’ai pris la liberté de laisser de côté certains paragraphes non litigieux et de renuméroter les autres, et j’arrive à ce qui suit :

[TRADUCTION] A - Selon les principes de justice fondamentale, lorsqu’une cour de justice évalue une telle revendication de privilège, l’accusé est fondé à connaître les éléments invoqués contre lui, s’il veut s’opposer à ladite revendication, est fondé à connaître la preuve qui est invoquée au soutien de ladite revendication et à présenter une preuve propre à réfuter la preuve produite au soutien de ladite revendication, et est fondé à connaître les observations faites par la partie à l’origine de la

privilege claim and to make his own representations in response.

B - Subsection 38.11(2) of the *Canada Evidence Act* allows the Attorney General to mandate that the Federal Court receive and rely upon *ex parte* evidence and submissions in a subsection 38.04(5) proceeding without providing the accused a right of reply to such submissions or evidence.

C - As a result of subsection 38.11(2), subsection 38.04(5) proceedings undertaken in relation to potential evidence in a criminal proceeding do not adhere to the principles of fundamental justice and deprive the accused of the right of full answer and defence when he is left without the opportunity to see and respond to all of the Attorney General's evidence and submissions.

D - The *ex parte* proceedings effectively allow the Attorney General to make use of unopposed evidence and submissions in an effort to deprive an accused of this only meaningful remedy to protect his right to full answer and defence, that being the disclosure of the records in question, and as such the *ex parte* proceedings effectively deprive an accused of the right to make full answer and defence in violation of an accused's section 7 rights.

E - The limit to the right to make full answer and defence imposed by *ex parte* evidence and submissions which can be resorted to in the exclusive discretion of the Attorney General without judicial oversight or any participation on the part of the accused is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence and thus subsection 38.11(2) cannot be upheld pursuant to section 1 of the Charter.

[105] Paragraph A is a statement that fundamental justice precludes *ex parte* proceedings in the adjudication of a claim of privilege. Paragraph B is simply the observation that subsection 38.11(2) mandates *ex parte* proceedings. Neither of those propositions engage Mr. Khawaja's liberty interest.

[106] Paragraph C does raise Mr. Khawaja's liberty interest but it does so by reference to the criminal charges pending against him. Paragraph C goes on to raise the right to make full answer and defence in connection with the *ex parte* proceedings under section 38 proceedings, by tying those proceedings to the pending criminal charges.

[107] Paragraph D makes the link between the section 38 proceedings and the right to full answer and defence

revendication de privilège, et à répondre auxdites observations par ses propres observations.

B - Selon le paragraphe 38.11(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le procureur général peut obtenir de la Cour fédérale qu'elle reçoive et utilise des preuves et conclusions présentées *ex parte* à la faveur d'une procédure selon le paragraphe 38.04(5), sans donner à l'accusé le droit de répondre à telles conclusions ou preuves.

C - En conséquence du paragraphe 38.11(2), les procédures selon le paragraphe 38.04(5) introduites en rapport avec d'éventuelles preuves intéressant une instance criminelle n'observent pas les principes de justice fondamentale et privent l'accusé du droit de présenter une défense pleine et entière, alors qu'il n'a pas la possibilité de voir les preuves et conclusions du procureur général et d'y répondre.

D - Les audiences *ex parte* reviennent à permettre au procureur général de tirer parti de preuves et conclusions non contestées et de priver ainsi l'accusé de cette seule véritable possibilité de protéger son droit de présenter une défense pleine et entière, c'est-à-dire la divulgation des dossiers en cause, et les audiences *ex parte* ont donc pour effet de priver l'accusé du droit de présenter une défense pleine et entière, ce qui contrevient aux droits garantis par l'article 7 à l'accusé.

E - La limite au droit de présenter une défense pleine et entière, une limite imposée par les preuves et conclusions *ex parte* auxquelles il est possible de recourir selon l'appréciation exclusive du procureur général, sans la possibilité d'un contrôle judiciaire et sans la participation de l'accusé, ne constitue pas une limite raisonnable au droit de présenter une défense pleine et entière, et le paragraphe 38.11(2) ne saurait donc être validé par l'article premier de la Charte.

[105] Le paragraphe A dit que la justice fondamentale fait obstacle aux audiences *ex parte* lorsqu'il s'agit de savoir si un privilège est valablement revendiqué. Le paragraphe B fait simplement observer que le paragraphe 38.11(2) prévoit des audiences *ex parte*. Ni le paragraphe A, ni le paragraphe B ne mettent en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté.

[106] Le paragraphe C fait intervenir le droit de M. Khawaja à la liberté, mais en référence aux charges portées contre lui. Le paragraphe C évoque ensuite le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière au cours des audiences *ex parte* tenues dans le contexte de la procédure de l'article 38, en rattachant lesdites audiences aux accusations portées.

[107] Le paragraphe D rend plus explicite le lien entre la procédure de l'article 38 et le droit de présenter une

more explicit by asserting that the right to full answer and defence consists in the disclosure of the records in respect of which notice has been given under section 38, and that the recourse to *ex parte* proceedings deprives him of that right.

[108] Paragraph E completes the analysis by alleging that the breach of his section 7 rights is not saved as a reasonable limit prescribed by law.

[109] There is a distinction to be drawn between the criminal proceedings which engage Mr. Khawaja's liberty interest and the section 38 proceedings which engage his liberty interest, if they do so at all, only by virtue of their connection with the criminal proceedings. In other words, section 38 is a provision of general application. It may be invoked in circumstances which have no element of criminal law where it may, or may not, raise questions of fundamental justice. Where section 38 is invoked in the course of criminal proceedings, the question is whether the individual's liberty interest is engaged solely by reason of its being grafted onto a criminal proceeding.

[110] The criminal proceedings engage Mr. Khawaja's right to make full answer and defence, as well as his right to know the case to be met, because of the possibility of incarceration. If the section 38 proceedings engage Mr. Khawaja's liberty interest, it can only be because the outcome of those proceedings impinges upon the conduct of the criminal trial, in that they may result in an order authorizing the non-disclosure of secret information which may be relevant to Mr. Khawaja's defence. Paragraph D of Mr. Khawaja's notice of constitutional question makes this connection clear.

[111] The provisions which authorize the withholding of secret information from a criminal accused are subsections 38.06(2) and 38.06(3). Subsection 38.06(2) permits disclosure, or partial disclosure on terms when the public interest in disclosure exceeds the public interest in non-disclosure. Subsection 38.06(3) authorizes an order prohibiting disclosure where the Court is not satisfied that the public interest in disclosure exceeds the public interest in

défense pleine et entière, en affirmant que le droit de présenter une défense pleine et entière comprend la divulgation des documents à l'égard desquels avis a été donné en vertu de l'article 38, et que le recours à des audiences *ex parte* le prive de ce droit.

[108] Le paragraphe E complète l'analyse. M. Khawaja y affirme que l'atteinte aux droits que lui garantit l'article 7 n'est pas validée par une règle de droit dans des limites qui soient raisonnables.

[109] Il y a une distinction à faire entre l'instance criminelle qui met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté et la procédure de l'article 38 qui met en jeu son droit à la liberté (si tant est qu'elle le mette en jeu) uniquement de par son lien avec l'instance criminelle. Autrement dit, l'article 38 est une disposition d'application générale. Elle peut être invoquée dans des circonstances qui n'ont rien à voir avec le droit criminel et qui ne soulèvent pas nécessairement des questions de justice fondamentale. Lorsque l'article 38 est invoqué au cours d'une instance criminelle, la question est de savoir si le droit de l'accusé à la liberté est mis en jeu uniquement en raison du fait que ce droit se greffe à une instance criminelle.

[110] L'instance criminelle met en jeu le droit de M. Khawaja de présenter une défense pleine et entière, ainsi que son droit de connaître les éléments invoqués contre lui, et cela en raison de la possibilité d'incarcération. Si la procédure de l'article 38 met en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté, ce ne peut être que parce que l'issue d'une telle procédure empiète sur le déroulement du procès criminel, en ce sens qu'elle peut se solder par une ordonnance autorisant la non-divulgation de renseignements secrets pouvant concerner la défense de M. Khawaja. Le paragraphe D de l'avis de question constitutionnelle déposé par M. Khawaja rend ce lien évident.

[111] Les dispositions qui empêchent la communication de renseignements secrets à un accusé sont les paragraphes 38.06(2) et 38.06(3). Le paragraphe 38.06(2) autorise la divulgation, ou la divulgation partielle, moyennant des conditions, quand les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Le paragraphe 38.06(3) autorise le juge à rendre une ordonnance interdisant la divulgation

non-disclosure. Since Mr. Khawaja has not attacked subsections 38.06(2) and (3), they must be presumed to be validly enacted legislation: see *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, at paragraph 35. Mr. Khawaja seeks to achieve the same result by attacking the process leading to the making of an order under either of subsection 38.06(2) or (3).

[112] In the context of a criminal prosecution, section 38 proceedings do raise an issue of full answer and defence. They raise that issue because subsections 38.06(2) and (3) authorize the withholding of information which may be relevant to the defence of the criminal charges. The fact that the Attorney General may proceed *ex parte* also raises issues of fundamental justice, but not necessarily the same issues as those raised by subsections 38.06(2) and (3).

[113] The issues of fundamental justice raised by an order limiting or prohibiting the disclosure of information relevant to the defence were identified in *Charkaoui* [S.C.C.], at paragraphs 28-29:

The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. “It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process”: *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary

s’il n’est pas persuadé que les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation. Puisque M. Khawaja n’a pas contesté les paragraphes 38.06(2) et (3), ces dispositions doivent être présumées valides : voir l’arrêt *Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 35. M. Khawaja voudrait obtenir le même résultat en contestant la procédure qui conduit au prononcé d’une ordonnance selon l’un ou l’autre des paragraphes 38.06(2) ou (3).

[112] Dans le contexte d’une poursuite pénale, la procédure de l’article 38 soulève la question du droit de présenter une défense pleine et entière. Elle soulève cette question parce que les paragraphes 38.06(2) et (3) autorisent la non-divulgation de renseignements qui peuvent concerner la défense d’un accusé à l’encontre d’accusations criminelles. Le fait que le procureur général puisse procéder *ex parte* soulève également des questions de justice fondamentale, mais pas nécessairement les mêmes questions qui sont soulevées par les paragraphes 38.06(2) et (3).

[113] Les questions de justice fondamentale auxquelles donne lieu une ordonnance restreignant ou interdisant la divulgation de renseignements qui concernent la défense d’un accusé ont été recensées dans l’arrêt *Charkaoui* [C.S.C.], aux paragraphes 28 et 29 :

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l’État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d’une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C’est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l’application régulière de la loi, qui doit comporter un processus judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l’époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d’une demande d’*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu’il l’était à l’époque du Roi Jean.

Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d’y répondre*. La façon précise de se

with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

[114] It is clear that an order which deprives an accused of information relevant to his defence raises issues of full answer and defence, and of the case to be met. It is less clear that a statutory disposition which allows *ex parte* proceedings in the course of the process of making such an order raises issues of full answer and defence in the same way. I do not dispute that *ex parte* proceedings raise an issue of procedural fairness, an issue best described circumscribed by the maxim *audi alteram partem*. That maxim requires a decision maker to ensure that the person affected by a decision has a chance to be heard before the decision is made. In that regard, see *Gallant v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service Canada)*, [1989] 3 F.C. 329 (C.A.) (*Gallant*), *per* Marceau J.A., at pages 341-342, where the following appears:

The rationale behind the *audi alteram partem* principle, which simply requires the participation, in the making of a decision, of the individual whose rights or interests may be affected, is, of course, that the individual may always be in a position to bring forth information, in the form of facts or arguments, that could help the decision-maker reach a fair and prudent conclusion. It has long been recognized to be only rational as well as practical that the extent and character of such a participation should depend on the circumstances of the case and the nature of the decision to be made. This view of the manner in which the principle must be given effect in practice ought to be the same whether it comes into play through the jurisprudential duty to act fairly, or the common law requirements of natural justice, or as one of the prime constituents of the concept of fundamental justice referred to in section 7 of the Charter. (“It is also clear that the requirements of fundamental justice are not immutable; rather they vary according to the context in which they are invoked,” *per* La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361.) The principle is obviously the same everywhere it applies.

[115] However, the requirements of fundamental justice apply differently as between the fairness of the process leading to the making of an order under subsection 38.06(2) or (3) and the consequences of such an order for Mr. Khawaja’s trial on the criminal charges pending against him. Mr. Khawaja’s liberty is not

conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l’art. 7, il faut satisfaire pour l’essentiel à chacune d’elles.

[114] Il est clair qu’une ordonnance qui prive un accusé de renseignements concernant sa défense soulève la question de son droit de présenter une défense pleine et entière, et la question de son droit de connaître les éléments invoqués contre lui. Il est moins évident qu’une disposition législative qui autorise des audiences *ex parte* au cours du processus consistant à rendre une telle ordonnance soulève de la même manière la question du droit de présenter une défense pleine et entière. Je ne conteste pas que les audiences *ex parte* soulèvent une question d’équité procédurale, une question qui ne saurait être mieux circonscrite que par la maxime *audi alteram partem*. Cette maxime oblige un décideur à s’assurer que la personne touchée par une décision a la possibilité de se faire entendre avant que la décision ne soit rendue. Sur ce point, voir l’arrêt *Gallant c. Canada (Sous-commissaire, Service correctionnel Canada)*, [1989] 3 C.F. 329 (C.A.) (*Gallant*), le juge Marceau, aux pages 341 et 342, où l’on peut lire ce qui suit :

Le principe *audi alteram partem*, qui porte tout simplement que la personne dont les droits ou intérêts peuvent être touchés doit pouvoir participer au processus décisionnel, est fondé sur la prémisse suivante : la personne doit toujours avoir la possibilité de soumettre de l’information, sous forme de faits ou d’arguments, afin de permettre à l’instance décisionnelle de rendre une décision équitable et raisonnable. Il est reconnu depuis longtemps qu’en toute logique, et en pratique, la portée et la nature de cette participation dépendent des circonstances de l’espèce et de la nature de la décision à rendre. Cette interprétation de l’application pratique du principe doit être la même, peu importe que l’obligation d’agir équitablement soit fondée sur le devoir d’agir équitablement établi par la jurisprudence ou sur les principes de justice naturelle reconnus en common law ou sur le concept de justice fondamentale auquel se réfère l’article 7 de la Charte. (« Il est également clair que les exigences de la justice fondamentale ne sont pas immuables; elles varient selon le contexte dans lequel on les invoque. », le juge La Forest, dans l’arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la page 361.) Le principe demeure évidemment le même, partout où il s’applique.

[115] Cependant, les exigences de la justice fondamentale s’appliquent différemment, selon qu’il s’agit de l’équité du processus conduisant au prononcé d’une ordonnance selon les paragraphes 38.06(2) ou (3), ou selon qu’il s’agit des conséquences d’une telle ordonnance quant au procès de M. Khawaja sur les

affected by the process leading to a decision under one of subsection 38.06(1), (2) or (3). It may be affected by the making of an order under one of those subsections.

[116] This is not to say that subsection 38.11(2) does not raise an issue of procedural fairness. The issue of procedural fairness arises whether the criminal process is engaged or not. That interest is best circumscribed by the maxim *audi alteram partem*. A decision which has consequences for Mr. Khawaja is being made in circumstances where he does not have access to some of the evidence filed, and some of the representations made. On its face, this does not comply with the requirements of procedural fairness. Does it result in a decision which is made outside the requirements of fundamental fairness? That is the issue raised by this appeal.

[117] In the result, I conclude that the *ex parte* proceedings which subsection 38.11(2) authorizes do not raise issues of full answer and defence, and of knowing the case to be met. I am also inclined to the view that *ex parte* proceedings under subsection 38.11(2) do not engage Mr. Khawaja's liberty interest simply because those proceedings have no impact upon Mr. Khawaja's liberty interest, even though the product of those proceedings may do so. That said, I am also of the view that even if Mr. Khawaja's liberty interest is engaged, subsection 38.11(2) proceedings do not affect that liberty interest other than in accordance with the principles of fundamental justice, a question to which I now turn.

Issue No. 2 – Are *ex parte* proceedings a denial of fundamental justice?

[118] What is the status of *ex parte* proceedings in constitutional terms?

[119] The Supreme Court recently addressed the issue of *ex parte* proceedings in *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, at paragraph 47, where the following appears:

accusations criminelles portées contre lui. La liberté de M. Khawaja n'est pas réduite par le processus conduisant à une décision fondée sur l'un des paragraphes 38.06(1), (2) ou (3). Elle peut être réduite par le prononcé d'une ordonnance fondée sur l'un de ces paragraphes.

[116] Cela ne veut pas dire que le paragraphe 38.11(2) ne soulève pas une question d'équité procédurale. La question de l'équité procédurale se pose, que la procédure criminelle soit engagée ou non. Ce droit à l'équité procédurale ne saurait être mieux circonscrit que par la maxime *audi alteram partem*. Une décision qui a des conséquences pour M. Khawaja est prise dans des circonstances où il n'a pas accès à certaines des preuves produites, et à certaines des observations faites. À première vue, cela ne s'accorde pas avec les exigences de l'équité procédurale. En résulte-t-il une décision qui est rendue au mépris des principes de justice fondamentale? C'est la question soulevée par le présent appel.

[117] En définitive, j'arrive à la conclusion que les audiences *ex parte* qu'autorise le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en cause la question du droit d'un accusé de présenter une défense pleine et entière, ni la question du droit d'un accusé de connaître les éléments invoqués contre lui. Je suis également enclin à penser que les audiences *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) ne mettent pas en jeu le droit de M. Khawaja à la liberté, et cela simplement parce qu'elles n'ont aucune incidence sur son droit à la liberté, même si l'issue de telle procédure peut avoir une telle incidence. Cela dit, je suis également d'avis que, même si le droit de M. Khawaja à la liberté est mis en jeu, la procédure du paragraphe 38.11(2) ne réduit pas ce droit si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale, aspect que j'aborderai maintenant.

Point n° 2 – Les audiences *ex parte* constituent-elles un déni de justice fondamentale?

[118] Quel est le statut des audiences *ex parte* sur le plan constitutionnel?

[119] La Cour suprême du Canada a récemment examiné la question des audiences *ex parte* dans l'arrêt *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, au paragraphe 47, où l'on peut lire ce qui suit :

However, it is important to note at the outset that the fallacy in Mr. Rodgers' argument is that it presupposes that notice and participation are themselves principles of fundamental justice, any departure from which must be justified in order to meet the minimal constitutional norm. As I read his reasons, Fish J. adopts the same reasoning. With respect, it is my view that this is not the proper approach. The constitutional norm, rather, is procedural fairness. Notice and participation may or may not be required to meet this norm — it is well settled that what is fair depends entirely on the context: see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362; *R. v. Rose*, [1998] 3 S.C.R. 262, at para. 99; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 14; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 744; *R. v. Bartle*, [1994] 3 S.C.R. 173, at p. 225; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 540; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 743; *Ruby*, at para. 39.

[120] This passage is relevant because it dispels any notion that *ex parte* proceedings are inherently unfair. Whether they are or not depends upon the circumstances and the context.

[121] The Supreme Court confirmed this position in *Charkaoui* where, in the context of an argument about the right to know the case to be met, it confirmed that the latter was not absolute in that legislation sometimes provides for *ex parte in camera* proceedings: see *Charkaoui*, at paragraph 57.

[122] It remains to be seen, therefore, whether *ex parte* proceedings are unfair in the context of section 38 proceedings.

Issue No. 3 – If not, are *ex parte* proceedings in a section 38 application a denial of fundamental justice?

[123] A useful starting point for this portion of the analysis is an examination of the rationale for *ex parte* submissions in section 38 proceedings. Mosley J.'s comments in the section 38 application which gave rise to the decision under appeal are instructive. At

Il importe de signaler d'abord que la prétention de M. Rodgers ne tient pas la route en ce qu'elle présuppose que le préavis et la participation sont en eux-mêmes des principes de justice fondamentale auxquels toute dérogation doit être justifiée pour satisfaire à la norme constitutionnelle minimale. Dans ses motifs, le juge Fish paraît partager ce point de vue. J'estime en toute déférence que ce raisonnement est erroné. La norme constitutionnelle applicable est plutôt celle de l'équité procédurale. Son respect peut exiger ou non un préavis et la présence à l'audience — il est bien établi que l'équité dépend entièrement du contexte : voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 362; *R. c. Rose*, [1998] 3 R.C.S. 262, par. 99; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 14; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, p. 744; *R. c. Bartle*, [1994] 3 R.C.S. 173, p. 225; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 540; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, p. 682; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 21; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 743; *Ruby*, par. 39.

[120] Cet extrait est pertinent parce qu'il écarte toute idée que les audiences *ex parte* sont par nature contraires à l'équité. Ce sont les circonstances et le contexte qui diront si elles sont ou non contraires à l'équité.

[121] La Cour suprême a confirmé cette position dans l'arrêt *Charkaoui*, où, à propos d'un argument portant sur le droit de l'accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui, elle a confirmé que ce droit n'était pas absolu, en ce sens que la loi prévoit parfois la tenue d'audiences *ex parte* ou à huis clos : voir l'arrêt *Charkaoui*, au paragraphe 57.

[122] Reste donc à savoir si les audiences *ex parte* sont injustes dans le contexte de la procédure de l'article 38.

Point n° 3 – Dans la négative, les audiences *ex parte*, tenues dans le cadre d'une demande présentée selon l'article 38, constituent-elles un déni de justice fondamentale?

[123] Un utile point de départ pour cette partie de l'analyse consiste à examiner la raison d'être des audiences *ex parte* dans la procédure de l'article 38. Les observations du juge Mosley à propos de la demande, présentée selon l'article 38, qui a donné lieu à la décision

paragraphs 135 and 136 of his reasons [*Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547 (F.C.), Mosley J. wrote of the difficulty of assessing the possible value, to a patient and intelligent enemy, of seemingly innocuous bits of information:

The applicant asserts that in weighing these concerns the ability of an informed reader to correlate information must be taken into account. Known as the mosaic effect, this principle stipulates that each piece of information should not be considered in isolation, as seemingly unrelated pieces of information, which may not be particularly sensitive by themselves, could be used to develop a more comprehensive picture when assessed as a group. The applicant recognized in oral argument however that there is some level of difficulty in applying this in practice.

The mosaic effect was aptly described by the Federal Court in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243; affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.) (*Henrie*) wherein the Court recognized:

It is of some importance to realize that an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security. [Emphasis added by Mosley J.]

That being said, though it is important to keep this underlying principle in mind when assessing whether or not information could be injurious if disclosed, in light of the difficulty of placing oneself in the shoes of such an “informed reader,” by itself the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Something further must be asserted as to why that particular piece of information should not be disclosed.

[124] The difficulty in deciding whether information, apparently innocuous on its face, has value to a hostile observer goes a long way towards explaining

dont appel est interjeté sont instructives. Aux paragraphes 135 et 136 de ses motifs, *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547 (C.F.), le juge Mosley évoquait la difficulté d’évaluer la valeur possible, pour un ennemi patient et intelligent, de renseignements apparemment anodins :

Le demandeur soutient que, pour l’appréciation de telles réserves, il faut tenir compte de la capacité d’un observateur bien informé de faire la synthèse des renseignements. Appelé « effet de mosaïque », ce principe dit qu’un renseignement ne doit pas être considéré isolément, car des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui en eux-mêmes ne sont peut-être pas particulièrement sensibles, pourraient, pris collectivement, servir à peindre un tableau plus précis. Le demandeur a reconnu dans ses arguments cependant qu’il est assez difficile de mettre ce principe en pratique.

L’effet de mosaïque a été exposé judicieusement par la Cour fédérale dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 242 et 243; confirmé par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (la décision *Henrie*), où la Cour s’est exprimée en ces termes :

Il importe de se rendre compte qu’un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c’est-à-dire une personne qui s’y connaît en matière de sécurité et qui est membre d’un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l’observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu’il possède déjà, être en mesure d’en arriver à des deductions préjudiciables à l’enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale. [Soulignement ajouté par le juge Mosley.]

Cela dit, même s’il importe de garder à l’esprit ce principe fondamental pour savoir si des renseignements peuvent être préjudiciables en cas de divulgation, ou non, l’effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même, et cela parce qu’il est difficile de se mettre à la place d’un tel « observateur bien informé », une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué.

[124] La difficulté de décider si des renseignements, en apparence anodins, présentent de l’intérêt pour un observateur hostile explique en grande partie la décision

Parliament's decision to authorize *ex parte* submissions by the Attorney General. In order to permit the Attorney General to address the Court candidly without worrying about disclosing information the disclosure of which, it is alleged, would be injurious to Canada's legitimate interest in her national security, Parliament authorized the Court to receive *ex parte* evidence and submissions from the Attorney General.

[125] This uncertainty about seemingly innocuous information is what sets section 38 proceedings apart from other proceedings where the Court must decide whether to disclose information which, at the time of argument, is known to only one of the parties. An obvious example of the latter is a challenge to a claim of solicitor-client (legal advice) privilege. In those cases, the Court can rely on its own expertise in the subject-matter and need not rely on the guidance of the parties: see *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, at paragraph 21. In the case of section 38 proceedings, the subject-matter is outside a judge's normal range of experience and requires some assistance, assistance which can only be rendered *ex parte* if the information in question is to be kept confidential.

[126] As a result, it appears that the *ex parte* proceedings serve two purposes. They allow the Attorney General to provide the Court guidance on the intelligence value, if any, of information whose disclosure is sought, and they protect the confidentiality of that information at the same time.

[127] The fact that there is a rationale for *ex parte* proceedings does not make them fair. As we saw in the passage from *Gallant*, quoted above, *ex parte* proceedings are unfair because the affected party is not able to challenge the positions taken by the other party, thereby depriving the decision maker of the advantages of the adversarial system.

[128] From that perspective, fairness would appear to be achieved by disallowing *ex parte* proceedings, so that whatever is said or given to the decision maker is said or

du législateur d'autoriser le procureur général à présenter des observations *ex parte*. Afin de permettre au procureur général de s'adresser à la Cour franchement, sans se soucier de révéler des renseignements dont la divulgation serait, dit-on, préjudiciable aux intérêts légitimes du Canada en matière de sécurité nationale, le législateur a autorisé la Cour à recevoir du procureur général des preuves et conclusions en l'absence des autres parties.

[125] Cette incertitude à propos des renseignements apparemment anodins est ce qui distingue la procédure de l'article 38 des autres procédures où la Cour doit décider de la divulgation de renseignements qui, au moment où les arguments sont exposés, ne sont connus que de l'une des parties. Un exemple évident des autres procédures en question est le cas où est contestée une revendication du privilège du secret professionnel de l'avocat (consultations juridiques). Dans ces cas, la Cour peut s'en rapporter à sa propre connaissance du sujet, sans devoir compter sur les indications des parties : voir l'arrêt *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, au paragraphe 21. Dans le cas de la procédure de l'article 38, la question échappe au champ habituel d'expérience d'un juge et requiert une forme d'aide, aide qui ne pourra être apportée que d'une manière *ex parte* si les renseignements en cause doivent demeurer confidentiels.

[126] Il semble donc que les audiences *ex parte* ont deux objets. Elles permettent au procureur général de donner des indications à la Cour sur la valeur, le cas échéant, des renseignements dont la divulgation est demandée, et simultanément elles préservent la confidentialité des renseignements en cause.

[127] Le fait que les audiences *ex parte* puissent se justifier ne les rend pas pour autant équitables. Comme nous l'avons vu dans l'extrait de l'arrêt *Gallant*, susmentionné, les audiences *ex parte* ne sont pas équitables parce que la partie concernée n'est pas en mesure de contester les positions adoptées par l'autre partie, privant ainsi le décideur des avantages du système accusatoire.

[128] De ce point de vue, l'équité semblerait être réalisée par un rejet des audiences *ex parte*, de telle sorte que tout ce qui est dit ou donné au décideur sera dit ou

given to the other party. This case is different in that the nature of the material is such that disallowing *ex parte* proceedings changes the nature of what is said or given to the decision maker.

[129] This is so because the material submitted *ex parte*, to the extent that it contains or discloses information which is subject to the notice served under section 38.01, cannot be disclosed except by the Attorney General or in accordance with the terms of the Act. In order to usefully assist the Court, the evidence submitted and the representations made should make specific reference to the secret information and explain specifically how the disclosure of that specific information would be injurious. The disclosure of the secret information to the judge for that purpose is authorized by paragraph 38.01(6)(b) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act. The disallowance of *ex parte* proceedings would not in and of itself result in the disclosure of the secret information to Mr. Khawaja because that disclosure is not authorized by the Act. If the secret information cannot be disclosed in the course of the proceedings, then the evidence filed and the representations made by the Attorney General must be tailored to reflect that reality. As a result, if *ex parte* proceedings are disallowed in section 38 proceedings, the result may be more disclosure but not necessarily more meaningful disclosure.

[130] Is it the case that the secret information cannot be disclosed in the course of the proceedings? To answer that question, a brief review of the scheme described in sections 38 to 38.16 of the Act is necessary. Proceedings under the Act are triggered by the giving of notice by a party or an official that injurious information is about to be disclosed. Notice is to be given to both the Attorney General (subsection 38.01(1)) and to the officer presiding over the proceedings in the course of which disclosure would occur (subsection 38.01(2)). That presiding officer is bound to see that the information is not disclosed except in accordance with the provisions of the Act (subsection 38.01(2)). Subsection 38.01(6) provides that these restrictions on disclosure do not apply in three circumstances, one of which is disclosure to the Attorney General and to the judge or judges

donné à l'autre partie. La présente affaire est différente en ce sens que la nature des documents est telle que l'interdiction de la tenue d'audiences *ex parte* aura pour effet de modifier la nature de ce qui est dit ou donné au décideur.

[129] S'il en est ainsi, c'est parce que les documents produits *ex parte*, dans la mesure où ils renferment ou révèlent des renseignements qui sont sujets à l'avis signifié en vertu de l'article 38.01, ne peuvent être divulgués, si ce n'est par le procureur général ou en conformité avec les dispositions de la Loi. Pour aider la Cour d'une manière utile, les preuves produites et les observations faites devraient faire explicitement référence aux renseignements secrets et expliquer précisément en quoi la divulgation de ces renseignements particuliers serait préjudiciable. La divulgation des renseignements secrets au juge à cette fin est autorisée par l'alinéa 38.01(6)b [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi. Le fait d'interdire les audiences *ex parte* ne conduirait pas en tant que tel à la divulgation des renseignements secrets à M. Khawaja, parce que cette divulgation n'est pas autorisée par la Loi. Si les renseignements secrets ne peuvent pas être divulgués au cours de l'instance, alors les preuves produites et les observations faites par le procureur général devront refléter cette réalité. En conséquence, si les audiences *ex parte* étaient proscrites dans la procédure de l'article 38, le résultat pourrait être une divulgation accrue, mais pas nécessairement une divulgation plus significative.

[130] Est-il vrai que les renseignements secrets ne peuvent pas être divulgués au cours de l'instance? Pour répondre à cette question, un bref survol du régime décrit dans les articles 38 à 38.16 de la Loi est nécessaire. L'instance dont parle la Loi est déclenchée lorsqu'une partie ou un haut fonctionnaire donne avis de la divulgation imminente de renseignements potentiellement préjudiciables. Avis doit être donné à la fois au procureur général (paragraphe 38.01(1)) et à la personne présidant l'instance au cours de laquelle la divulgation aurait lieu (paragraphe 38.01(2)). La personne qui préside l'instance doit veiller à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec les dispositions de la Loi (paragraphe 38.01(2)). Le paragraphe 38.01(6) dispose que ces restrictions à la divulgation ne s'appliquent pas dans trois

responsible for making the determinations as to whether disclosure is authorized: see paragraph 38.01(6)(b). These provisions are reproduced below:

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.

...

(6) This section does not apply when

...

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

[131] Once the application of section 38 and its related provisions has been triggered, there is a blanket prohibition on disclosure which applies to the judge or judges disposing of the section 38 application, except to the extent that an order permitting disclosure is made pursuant to subsection 38.06(1) or (2). This is the combined effect of paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and the limited exception found at paragraph 38.02(2)(b) [(as enacted *idem*), (c) (as enacted *idem*, ss. 43, 141)]:

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);

cas, dont l'un est la divulgation au procureur général et au juge chargé de décider si la divulgation est autorisée : voir l'alinéa 38.01(6)b). Ces dispositions sont reproduites ci-après :

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.

[...]

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

[...]

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

[131] Une fois déclenchée l'application de l'article 38 et de ses dispositions connexes, il y a interdiction générale de divulgation, interdiction qui s'applique au juge appelé à statuer sur la demande, sauf dans la mesure où une ordonnance autorisant la divulgation est rendue, en application des paragraphes 38.06(1) ou (2). Il s'agit là de l'effet combiné de l'alinéa 38.02(1)a) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et de l'exception restreinte figurant à l'alinéa 38.02(2)b) [(édicte, *idem*), c) (édicte, *idem*, art. 43, 141)] :

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) 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)

...

(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. [My emphasis.]

[132] The conclusion which I draw from this is that the judge presiding over a section 38 proceeding has no power to disclose, or to order the disclosure of, the secret information for the purpose of the section 38 application itself. This conclusion is unavoidable given the blanket prohibition at paragraph 38.02(1)(a), to which a specific exception is made for an order pursuant to subsections 38.06(1) and (2). This narrow exception leaves no room for any kind of implied power of disclosure for the purposes of the application itself.

[133] The Act allows the Attorney General to disclose all or part of the information at any time and upon such terms as the Attorney General chooses: see subsection 38.03(1):

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).

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)

[...]

(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. [Non souligné dans l'original.]

[132] La conclusion que je tire de tout cela est que le juge qui préside une instance introduite en vertu de l'article 38 n'a pas le pouvoir de procéder à la divulgation, ou d'ordonner la divulgation, des renseignements secrets aux fins de la demande elle-même présentée en vertu de l'article 38. Cette conclusion est incontournable, étant donné l'interdiction générale figurant à l'alinéa 38.02(1)a), interdiction à laquelle est apportée une exception pour une ordonnance rendue conformément aux paragraphes 38.06(1) et (2). Cette exception étroite ne laisse aucune place à l'exercice d'un quelconque pouvoir implicite de divulgation aux fins de la demande elle-même.

[133] Selon la Loi, le procureur général peut à tout moment autoriser la divulgation totale ou partielle des renseignements, aux conditions qu'il estime indiquées : voir le paragraphe 38.03(1) :

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.

[134] Presumably, that discretion would extend to disclosure to counsel appointed on behalf of the accused person (in the criminal context). If the Attorney General chose not to exercise his discretion in that fashion, I can see nothing in the Act which would allow the Court to intervene.

[135] The upshot of all this is that the Court could not order, and the Attorney General could not be compelled to provide, disclosure of the secret information to Mr. Khawaja, or anyone appointed on his behalf in any capacity.

[136] This, in turn, means that if the Attorney General were not allowed to proceed *ex parte*, the evidence which he put before the Court, and his submissions opposing the disclosure of the information in question would necessarily be drafted so as to not communicate any information which would disclose, directly or indirectly, the secret information. So, for examples, *ex parte* representations which said “The notes of Agent X with respect to his conversation with Mr. Y cannot be disclosed because they allow the reader to infer that Mr. Y has a source within group Z” would simply become “The passage at lines 5 to 20 on page 12 of volume 10 cannot be disclosed because they either disclose, or allow one to infer, the existence of a source.” The presiding judge, who would have the material in question before him or her, would be severely constrained in his or her ability to test or challenge that assertion in the presence of the person interested. That person, who would not have the confidential material before him or her, would simply be unable to mount any kind of a reasoned challenge to the Attorney General’s assertion.

[137] In the end, the disallowance of *ex parte* proceedings would have the unintended consequence of reducing, rather than increasing, scrutiny of the Attorney General’s allegations with respect to injury to national security without providing any additional protection for the accused person’s interests. In those very particular circumstances, if the process set out in section 38 and its related sections is unfair to Mr. Khawaja, it is not because of the *ex parte* proceedings which are authorized

[134] Ce pouvoir discrétionnaire engloberait sans doute la divulgation à l’avocat nommé au nom de l’accusé (dans le contexte d’une procédure criminelle). Si le procureur général a choisi de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de cette façon, je ne vois dans la Loi aucune disposition autorisant la Cour à intervenir.

[135] Le résultat de tout cela est que la Cour ne pourrait pas ordonner, et le procureur général ne pourrait pas être contraint d’assurer, la divulgation des renseignements secrets à M. Khawaja, ou à quiconque nommé en son nom à quelque titre que ce soit.

[136] Cela veut dire en revanche que, si le procureur général n’était pas autorisé à procéder *ex parte*, les preuves qu’il a produites devant la Cour, et les observations qu’il a présentées en opposition à la divulgation des renseignements en cause, seraient nécessairement rédigées de manière à ce que ne soit communiqué aucun renseignement dont l’effet serait de divulguer, directement ou non, les renseignements secrets. Ainsi, des observations *ex parte* selon lesquelles « les notes de l’agent X à propos de la conversation qu’il a eue avec M. Y ne peuvent pas être divulguées parce qu’elles permettraient au lecteur d’en déduire que M. Y a une source au sein du groupe Z » deviendraient simplement : « le passage allant de la ligne 5 à la ligne 20, à la page 12 du volume 10, ne peut pas être divulgué parce qu’il révèle l’existence d’une source ou permet de conclure à l’existence d’une source ». Le juge qui préside l’instance, et qui aurait devant lui les documents en cause, serait gravement entravé dans sa capacité de vérifier ou de contester cette affirmation en la présence de la personne concernée. Cette personne, qui n’aurait pas devant elle les documents confidentiels, ne serait tout simplement pas en état de réfuter d’une manière le moins raisonnée l’affirmation du procureur général.

[137] Finalement, l’interdiction de la tenue d’audiences *ex parte* aurait pour conséquence inattendue de réduire, au lieu d’accroître, l’examen des allégations du procureur général portant sur le préjudice à la sécurité nationale, sans pour autant apporter une protection additionnelle aux droits de l’accusé. Dans ces circonstances très particulières, si le processus énoncé dans les articles 38 et suivants n’est pas équitable pour M. Khawaja, ce n’est pas à cause des audiences *ex parte*,

by subsection 38.11(2) but because of the provisions which prohibit disclosure of the secret information except pursuant to subsections 38.06(1) and (2). Without that disclosure, Mr. Khawaja's participatory rights, which subsection 38.11(2) denies him, are hollow in any event. As a result, their denial is not, in and of itself, a denial of fundamental justice.

[138] Is it a denial of fundamental justice for the Attorney General to say, in Mr. Khawaja's absence, things which he could not say in his presence? Given that notice and participation are not themselves principles of fundamental justice, the question cannot be answered on the basis of an invariable rule that notice and participation are required. If the rationale for the *audi alteram partem* rule is to allow a party to bring forward information "that could help the decision-maker reach a fair and prudent conclusion" (see *Gallant*, as quoted above), then the question is whether the capacity of the decision maker to arrive at such a conclusion has been diminished by the fact of *ex parte* proceedings.

[139] Taking the law as to disclosure to be as I have described it, the answer to the question just posed is that the capacity of the decision maker to arrive at a fair and prudent decision has, in the circumstances been improved, over what it would otherwise have been, by the fact of *ex parte* proceedings. The absence of Mr. Khawaja means that the Attorney General can speak freely and specifically of the risks of disclosure but more importantly, the applications Judge can ask specific questions and expect specific answers. None of this is possible if the judge and counsel for the Attorney General are required to speak at a level of generality which precludes full disclosure and close questioning by the judge hearing the application.

[140] As a result, I am of the view that Mr. Khawaja has failed to show that subsection 38.11(2) is constitutionally invalid for depriving him of his right to liberty other than in accordance with the principles of fundamental justice. On the contrary, assuming that Parliament was entitled to restrict the disclosure of the

qui sont autorisées par le paragraphe 38.11(2), mais à cause des dispositions qui interdisent la divulgation des renseignements secrets si ce n'est en conformité avec les paragraphes 38.06(1) et (2). Sans cette divulgation, les droits de participation de M. Khawaja, droits que lui nie le paragraphe 38.11(2), sont en tout état de cause illusoire. Le fait qu'ils soient niés n'est donc pas en soi un déni de justice fondamentale.

[138] Est-ce un déni de justice fondamentale de la part du procureur général que de dire, en l'absence de M. Khawaja, des choses qu'il ne pourrait pas dire en sa présence? Vu que l'avis et la participation ne sont pas eux-mêmes des principes de justice fondamentale, on ne saurait répondre à la question en invoquant une règle invariable selon laquelle l'avis et la participation sont requis. Si la raison d'être de la règle *audi alteram partem* est de laisser une partie produire des renseignements « afin de permettre à l'instance décisionnelle de rendre une décision équitable et raisonnable » (voir l'arrêt *Gallant*, précité), alors la question est de savoir si la capacité de l'instance décisionnelle d'en arriver à une telle décision a été réduite en raison d'audiences *ex parte*.

[139] Si l'on présume que les règles de la divulgation sont telles que je les ai décrites, la réponse à la question qui vient d'être posée est que la capacité de l'instance décisionnelle d'arriver à une décision équitable et raisonnable a, dans ces conditions, été améliorée, grâce aux audiences *ex parte*, par rapport à ce qu'elle aurait été autrement. L'absence de M. Khawaja signifie que le procureur général peut parler librement et explicitement des risques que pose la divulgation, mais, aspect plus important, le juge de première instance peut lui poser des questions précises et compter sur des réponses précises. Rien de cela n'est possible si le juge et l'avocat du procureur général sont tenus de s'exprimer à un niveau de généralité qui fait obstacle à une pleine divulgation et à un interrogatoire serré de la part du juge saisi de la demande.

[140] Finalement, je suis d'avis que M. Khawaja n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) est invalide sur le plan constitutionnel parce qu'il le prive de son droit à la liberté autrement qu'en accord avec les principes de justice fondamentale. Au contraire, si l'on suppose que le législateur était fondé à restreindre comme il l'a fait

secret information in the way it did, *ex parte* proceedings appear to me to be the best way to ensure that the judge's decision as to the public interest in non-disclosure is as well informed as it could be. The possibility of *ex parte* communications from Mr. Khawaja as to his intended defence, which is also an exercise of the right to make *ex parte* proceedings authorized by subsection 38.11(2), could also assist the judge in assessing the optimal level of disclosure consistent with the demands of national security. Mr. Khawaja chose not to take advantage of that opportunity for tactical reasons but that does not detract from the contribution which such representations could make to the quality of the ultimate decision to disclose, in whole or in part, the secret information.

Issue No. 4 – If they are not, are they a denial of Mr. Khawaja's right to a fair and public trial under paragraph 11(d) of the Charter?

[141] In the circumstances, the last issue, whether subsection 38.11(2) is saved by section 1 of the Charter does not arise. In addition, Mr. Khawaja's challenge to subsection 38.11(2) on the basis that it infringes his right to a fair and public trial also fails. The challenge with respect to fairness fails for the same reason as does the challenge based on section 7. The challenge based on the right to a fair trial fails as well. Nothing in subsection 38.11(2) has any incidence upon his right to a public trial. All of the state's evidence against him will be put before the Court and before him in an open courtroom.

CONCLUSION

[142] Mr. Khawaja has not succeeded in showing that the fact that the Attorney General is authorized to make *ex parte* representations is an infringement of his right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice. He has not shown that subsection 38.11(2) engages the elements of fundamental justice in a criminal context, in particular, the right to know the case to meet and the right to make full answer and defence. Subsection 38.11(2) does not

la divulgation des renseignements secrets, la tenue d'audiences *ex parte* me semble la meilleure manière de s'assurer que la décision du juge quant aux raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation est aussi informée qu'elle pourrait l'être. La possibilité de communications *ex parte* de M. Khawaja sur la défense qu'il entend opposer, possibilité qui est également un exercice du droit de faire des observations *ex parte* en application du paragraphe 38.11(2), pourrait également aider le juge à établir le niveau optimal de divulgation, d'une manière qui s'accorde avec les impératifs de la sécurité nationale. M. Khawaja a choisi de ne pas tirer parti de cette possibilité, pour des raisons tactiques, mais cela ne diminue en rien la contribution que de telles observations pouvaient apporter à la qualité de la décision ultime de divulguer, en totalité ou en partie, les renseignements secrets.

Point n° 4 – Dans la négative, reviennent-elles à nier le droit de M. Khawaja à un procès public et équitable selon ce que prévoit l'alinéa 11d) de la Charte?

[141] Dans ces conditions, le dernier point, celui de savoir si le paragraphe 38.11(2) est validé par l'article premier de la Charte, ne se pose pas. En outre, la contestation par M. Khawaja du paragraphe 38.11(2) au motif que cette disposition porte atteinte à son droit à un procès public et équitable, n'est pas non plus recevable. La contestation qui concerne l'équité est irrecevable pour la même raison, tout comme la contestation fondée sur l'article 7. La contestation fondée sur le droit à un procès équitable est irrecevable également. Le paragraphe 38.11(2) n'a aucune incidence sur son droit à un procès public. Toute la preuve qui pèse contre lui sera exposée devant la Cour et devant lui en audience publique.

DISPOSITIF

[142] M. Khawaja n'a pas réussi à démontrer que le fait que le procureur général soit autorisé à présenter des observations *ex parte* constitue une atteinte à son droit de ne pas être privé de liberté, si ce n'est en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il n'a pas démontré que le paragraphe 38.11(2) met en jeu les éléments de justice fondamentale dans un contexte criminel, en particulier le droit de l'accusé de connaître la preuve qui pèse contre lui et le droit de l'accusé de

engage Mr. Khawaja's section 7 liberty interest, but if it does, it does so only with respect to Mr. Khawaja's participatory rights in the section 38 proceedings.

[143] Those participatory rights have limited scope in light of the stringent restrictions on disclosure of the secret information. So long as the state is entitled to withhold that information in the name of a protected interest, then, paradoxically, *ex parte* proceedings advance the policy underlying notice and participation.

[144] As a result, I would dismiss the appeal.

présenter une défense pleine et entière. Le paragraphe 38.11(2) ne met pas en jeu le droit à la liberté garanti à M. Khawaja par l'article 7, mais, s'il le met en jeu, il ne le fait qu'à l'égard des droits de participation de M. Khawaja à la procédure de l'article 38.

[143] Ces droits de participation ont une portée restreinte eu égard aux limites rigoureuses à la divulgation des renseignements secrets. Dans la mesure où l'État est fondé à ne pas communiquer ces renseignements, au nom d'un intérêt protégé, alors, paradoxalement, la tenue d'audiences *ex parte* favorise le principe à l'origine de l'avis et de la participation.

[144] Finalement, je rejetterais l'appel.

T-2066-03
2007 FC 923

T-2066-03
2007 CF 923

Nawal Haj Khalil, Anmar El Hassen, and Acil El Hassen, by her Litigation Guardian, Nawal Haj Khalil (Plaintiffs)

Nawal Haj Khalil, Anmar El Hassen, et Acil El Hassen, représentée par sa tutrice à l'instance, Nawal Haj Khalil (demandeurs)

v.

c.

Her Majesty the Queen (Defendant)

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

INDEXED AS: HAJ KHALIL v. CANADA (F.C.)

RÉPERTORIÉ : HAJ KHALIL C. CANADA (C.F.)

Federal Court, Layden-Stevenson J.—Toronto, April 16-19, 23-27, 30, May 1-4, 7- 11, 14, 18, 22-24, 28-30, June 5-8, 13, 14, 27-29, further submissions July 31, August 9, 24, and 31; Ottawa, September 18, 2007.

Cour fédérale, juge Layden-Stevenson —Toronto, 16 au 19, 23 au 27 et 30 avril, 1^{er} au 4, 7 au 11, 14, 18, 22 au 24, 28 au 30 mai, 5 au 8, 13, 14, 27 au 29 juin, autres observations les 31 juillet, 9, 24 et 31 août; Ottawa, 18 septembre 2007.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Action for damages brought following delay in processing permanent residence applications — Primary plaintiff, children granted Convention refugee status in 1994 — Permanent residence application filed thereafter — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f) — Ministerial relief decision still outstanding at time of hearing — Claim in negligence failing as insufficient proximity between plaintiffs, defendant to found private law duty of care — Charter, ss. 2, 7, 15 arguments also failing, as did argument IRPA, s. 34(2) illusory — While maladministration of legislation may infringe upon individual's Charter rights, not affording basis for striking down underlying legislation — Action dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Action en dommages-intérêts intentée en raison de la lenteur du traitement des demandes de résidence permanente — La demanderesse principale et ses enfants se sont vus reconnaître le statut de réfugiés au sens de la Convention en 1994 — La demande de résidence permanente a été déposée par la suite — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — La décision relative à la dérogation ministérielle n'avait pas encore été rendue au moment de l'audience — La réclamation fondée sur la négligence a échoué parce qu'il n'y avait pas, entre les demandeurs et la défenderesse, une proximité suffisante propre à fonder une obligation de diligence relevant du droit privé — Les arguments relatifs aux art. 2, 7 et 15 de la Charte ont aussi échoué tout comme l'argument selon lequel l'art. 34(2) de la LIPR est illusoire — Bien que la mauvaise application d'un texte de loi puisse porter atteinte aux droits d'un particulier garantis par la Charte, elle ne constitue pas une raison de déclarer ce texte inconstitutionnel — Action rejetée.

Crown — Torts — Negligence — Plaintiffs claiming Crown's delay in processing applications for permanent residence amounting to negligence — Delay in processing Convention refugee's application for permanent residence not coming within recognized category of relationships giving rise to duty of care — Immigration and Refugee Protection Act relevant in assessing proximity between parties — In face of potential conflict between alleged duty of care, overarching statutory, public duty to protect public, many policy reasons militating against finding duty of care — Causation (link between delay, alleged harm) also not established.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Négligence — Les demandeurs affirment que la lenteur de la Couronne à traiter les demandes de résidence permanente correspond à de la négligence — La lenteur du traitement d'une demande de résidence permanente présentée par un réfugié au sens de la Convention n'entre pas dans une catégorie reconnue de liens donnant lieu à une obligation de diligence — La Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés a servi à déterminer la proximité entre les parties — Devant un conflit éventuel entre l'obligation de diligence revendiquée et l'obligation légale de protéger l'intérêt public, bon nombre de raisons de bonne politique militent contre l'imposition d'une telle

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 34(1)(f) because of past involvement with Palestine Liberation Organization — Charter, s. 2 only concerned with conduct occurring after entry into Canada — Inadmissibility provision not restricting individual's freedom of expression, association when operating to exclude person from entry into Canada.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Part of delay in processing plaintiffs' applications for permanent residence inordinate, unreasonable, inexcusable, but not impinging on Charter, s. 7 rights as defendant not preventing, infringing primary plaintiff's right to make fundamental life choices, or causing, exacerbating psychological harm.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Primary plaintiff found inadmissible on security grounds pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 34(1)(f) because of past involvement with Palestine Liberation Organization (PLO) — IRPA, s. 34(1)(f) not drawing formal distinction on basis of character as stateless Palestinian, participation in PLO — Membership in organization that is, was affiliated with terrorism not analogous ground of distinction.

This was an action for damages, begun in 2003, stemming from the defendant's delay in processing the plaintiffs' applications for permanent residence. Ms. Haj Khalil and her two children (Anmar and Acil) were granted Convention refugee status shortly after their arrival in Canada in 1994. Ms. Haj Khalil then applied for permanent residence, and included her children and her husband (who was abroad) as dependants. Ms. Haj Khalil was found to be inadmissible on security grounds pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) in late 1999, notably because of her past involvement, and more specifically because of her husband's involvement, with the Palestine Liberation Organization. She was notified that her application had been refused a few months later, in February 2000. The inadmissibility decision was quashed by the Federal Court in November 2001. Another report finding Ms. Haj Khalil inadmissible was prepared in 2002, as was a memorandum recommending against the granting of ministerial relief. However, the matter continued to drag on for various reasons, such as a departmental decision pertaining to the backlog of ministerial relief cases, and at the time of trial, a decision with respect to Ms. Haj Khalil's application remained outstanding. (Acil and Anmar were granted permanent residence in late

obligation de diligence — De même, le lien de causalité (lien entre le retard et le prétendu préjudice) n'a pas été établi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés en raison de son rôle antérieur auprès de l'Organisation de libération de la Palestine — L'art. 2 de la Charte ne vise que la conduite postérieure à l'entrée au Canada — La disposition relative à l'interdiction de territoire ne limite pas la liberté d'expression ou d'association du particulier lorsqu'elle a pour effet de lui refuser l'admission au Canada.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Une partie du délai de traitement des demandes de résidence permanente des demandeurs était excessive, déraisonnable et inexcusable, mais le délai n'a pas empiété sur les droits garantis par l'art. 7 de la Charte parce que la défenderesse n'a pas empêché ni réduit le droit de la demanderesse principale de faire des choix de vie fondamentaux et n'a pas non plus causé ou aggravé le préjudice psychologique.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La demanderesse principale a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'art. 34(1)f) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) en raison de son rôle antérieur auprès de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) — L'art. 34(1)f) de la LIPR n'opère pas de distinction officielle en fonction de l'état de Palestinienne apatride ou de son appartenance à l'OLP — L'appartenance à une organisation qui est ou a été affiliée au terrorisme ne constitue pas un motif de distinction analogue.

Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts, intentée en 2003, découlant de la lenteur de la défenderesse à traiter les demandes de résidence permanente des demandeurs. M^{me} Haj Khalil et ses deux enfants (Anmar et Acil) se sont vus reconnaître le statut de réfugiés au sens de la Convention peu après leur arrivée au Canada en 1994. M^{me} Haj Khalil a ensuite demandé la résidence permanente, et a inclus dans sa demande ses enfants et son mari (qui était à l'étranger) en tant que personnes à charge. M^{me} Haj Khalil a été déclarée interdite de territoire pour raison de sécurité en vertu de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) à la fin de 1999, notamment en raison de son rôle antérieur, et plus particulièrement en raison du rôle de son mari, auprès de l'Organisation de libération de la Palestine. Quelques mois plus tard, soit en février 2000, elle a appris que sa demande avait été rejetée. En novembre 2001, la Cour fédérale a annulé la décision d'interdiction de territoire. En 2002, un autre rapport dans lequel M^{me} Haj Khalil a été déclarée interdite de territoire a été préparé, de même qu'une note de service contenant une recommandation que la dérogation ministérielle soit refusée. Cependant, l'affaire a continué à traîner pour diverses raisons, dont la décision du ministère relative à l'arriéré de dossiers de demandes de dérogation ministérielle et, au moment du procès,

2006 and early 2007 respectively, after their applications for permanent residence were severed from their mother's.)

Held, the action should be dismissed.

The plaintiffs' claim in negligence (pertaining to the Crown's delay in processing the applications for permanent residence) failed as there was insufficient proximity between the plaintiffs and the defendant to found a private law duty of care. Additionally, there were compelling policy reasons that militated against the imposition of such a duty. In any event, causation was not established.

While there is a statutory duty to determine a Convention refugee's application for permanent residence, it has long been established that breach of a statutory duty does not, in and of itself, indicate the existence of a duty of care. An action against the Crown based on delay in the processing of a Convention refugee's application for permanent residence does not come within a recognized category of relationships giving rise to a duty of care. The IRPA was relevant in assessing the proximity between the parties. The delay in processing Ms. Haj Khalil's application arose in large part as a result of her potential inadmissibility under IRPA, paragraph 34(1)(f). This gave rise to a potential conflict between the alleged private law duty of care and an overarching statutory or public duty. Such a conflict may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity. To find a private law duty of care based merely on delay would compromise the paramount statutory duty of the defendant's officials (encompassed in the IRPA inadmissibility provisions) to protect the public interest. There are also strong residual policy considerations that militate against imposing a private law duty of care in circumstances where, such as here, the individual has not pursued the relief available under the administrative regime (i.e. *mandamus*). The plaintiffs have circumvented the certification process required to appeal to the Federal Court of Appeal, delayed the decision and increased the costs to society. And it would be unfair to impose a private law duty of care on those responsible for the implementation of immigration policies, absent evidence of bad faith, misfeasance or abuse of process.

Even if a private law duty of care had been found to exist and have been breached, the plaintiffs did not discharge the burden of demonstrating that the alleged harm was caused by the negligence of the defendant Crown. The link between the delay and the damage was not established on a balance of probabilities. A substantial connection between the alleged

aucune décision n'avait été rendue quant à la demande de M^{me} Haj Khalil. (Acil et Anmar ont obtenu le statut de résident permanent à la fin de 2006 et au début de 2007 respectivement, après que leurs demandes de résidence permanente ont été séparées de celle de leur mère.)

Jugement : l'action doit être rejetée.

La réclamation des demandeurs fondée sur la négligence (découlant de la lenteur de la Couronne à traiter les demandes de résidence permanente) a échoué parce qu'il n'y avait pas, entre les demandeurs et la défenderesse, une proximité suffisante propre à fonder une obligation de diligence relevant du droit privé. En outre, il y avait des raisons incontournables de bonne politique qui militaient contre l'imposition d'une telle obligation. Quoiqu'il en soit, le lien de causalité n'a pas été établi.

Bien que la loi impose une obligation de donner suite à la demande de résidence permanente présentée par un réfugié au sens de la Convention, il est établi depuis longtemps que l'inobservation d'une obligation légale n'atteste pas, en tant que telle, l'existence de l'obligation de diligence. Une action engagée contre la Couronne et fondée sur la lenteur du traitement d'une demande de résidence permanente présentée par un réfugié au sens de la Convention n'entre pas dans une catégorie reconnue de liens donnant lieu à une obligation de diligence. La LIPR a servi à déterminer la proximité entre les parties. Le retard dans le traitement de la demande de M^{me} Haj Khalil s'expliquait en grande partie par sa possible interdiction de territoire en application de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR. Cela a donné lieu à un conflit éventuel entre l'obligation revendiquée de diligence de droit privé et une obligation légale de protéger l'intérêt public. Ce conflit peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité. Conclure à l'existence d'une obligation de diligence de droit privé du simple fait qu'il y a eu retard mettrait en péril l'obligation supérieure des fonctionnaires de la défenderesse (énoncée dans la disposition de la LIPR relative à l'interdiction de territoire) de protéger l'intérêt public. De même, il y a de puissantes considérations résiduelles de politique qui militent contre l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé dans le cas où, comme en l'espèce, l'intéressé ne s'est pas prévalu du recours que lui offrait le régime administratif (c.à-d. le *mandamus*). Les demandeurs ont contourné la procédure de certification nécessaire pour interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale, ils ont retardé la décision et ont haussé le coût assumé par la société. De même, il ne serait pas juste, sauf mauvaise foi, action fautive ou abus de procédure, d'imposer une obligation de diligence de droit privé à ceux qui sont chargés d'appliquer la politique d'immigration.

Même si la Cour avait conclu que l'obligation de diligence de droit privé existait et qu'elle n'avait pas été remplie, les demandeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de prouver que le présumé préjudice a été causé par la faute de la défenderesse. Le lien de causalité entre le retard et le préjudice n'a pas été établi selon la prépondérance de la preuve. Un lien substantiel

harm (Ms. Haj Khalil's depression or its exacerbation, inability to obtain employment with a 900 series social insurance number and loss of her husband's companionship) and the defendant's delay was not demonstrated.

While part of the delay herein was inordinate, unreasonable and inexcusable, it did not impinge on the plaintiffs' liberty rights under section 7 of the Charter. The governmental action did not prevent or infringe Ms. Haj Khalil's right to make fundamental life choices. International instruments encourage countries to facilitate the settlement of refugees, which Canada has done with respect to Ms. Haj Khalil and her children, but they do not mandate that host countries accord refugees a status akin to that of citizenship. The choice to leave Canada and reunite the family elsewhere lay always within the plaintiffs' grasp. The defendant did not compel Ms. Haj Khalil to stay in Canada and neither she nor her husband have an unqualified right to enter or remain in this country. Section 7 liberty rights were not engaged on these facts. The plaintiffs' security of the person interests under section 7 were also not engaged as the psychological harm (i.e. Ms. Haj Khalil's depression) was not state imposed (i.e. the depression was not caused, or exacerbated, by the defendant's actions). It is only in exceptional cases that state-caused delay can trigger section 7 "security of the person" interests.

Paragraph 34(1)(f) of the IRPA does not violate freedom of expression and association guaranteed by section 2 of the Charter. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, the Supreme Court of Canada considered whether the precursor to subsection 34(1) of the IRPA — subsection 19(1) of the former Act — conformed to the Charter. It concluded that concern regarding infringement of section 2 Charter rights stemmed only from conduct which occurred after entry into Canada. As such, inadmissibility provisions do not restrict an individual's freedom of expression or association when they operate to exclude the person from entry to Canada.

As to whether paragraph 34(1)(f) infringes section 15 of the Charter, it was not Ms. Haj Khalil's "character as a stateless Palestinian" or her participation in the Palestine Liberation Organization that precipitated the distinction or differential treatment, but her declaration on her Personal Information Form and her testimony at her refugee hearing that she was a member of Fatah. Membership in an organization that is or was affiliated with terrorism is not an analogous ground deserving of Charter protection.

entre le présumé préjudice (la dépression de M^{me} Haj Khalil ou l'aggravation de cette dépression, son incapacité d'obtenir un emploi avec un numéro d'assurance sociale qui commence par le chiffre « 9 » et le fait qu'elle a été privée de la compagnie de son mari) et le temps qu'a mis la défenderesse à traiter la demande n'a pas été établi.

Bien qu'une partie du délai en l'espèce ait été excessive, déraisonnable et inexcusable, le délai n'a pas empiété sur le droit des demandeurs à la liberté garanti par l'article 7 de la Charte. L'action de l'État n'a pas empêché ni réduit le droit de M^{me} Haj Khalil de faire des choix de vie fondamentaux. Les instruments internationaux encouragent les pays à faciliter l'installation des réfugiés, ce que le Canada a fait à l'égard de M^{me} Haj Khalil et ses enfants, mais ils n'imposent pas aux pays d'accueil l'obligation d'accorder aux réfugiés un statut assimilable à celui que confère la citoyenneté. Les demandeurs ont toujours été à même de quitter le Canada et de réunir leur famille ailleurs. La défenderesse ne forçait pas M^{me} Haj Khalil à rester au Canada, et ni la demanderesse ni son mari n'ont un droit absolu d'entrer dans ce pays ou d'y demeurer. Le droit à la liberté garanti par l'article 7 n'entraîne pas en jeu en l'espèce. De même, le droit à la sécurité de la personne des demandeurs au titre de l'article 7 n'a pas été mis en péril parce que le préjudice psychologique (soit la dépression de M^{me} Haj Khalil) n'était pas infligé par l'État (c.-à-d. que la dépression n'a pas été causée, ni aggravée, par les actes de la défenderesse). Ce n'est que dans les cas exceptionnels qu'un retard causé par l'État peut faire entrer en jeu le droit « à la sécurité de la personne » garanti par l'article 7.

L'alinéa 34(1)(f) de la LIPR n'enfreint pas la liberté d'expression et la liberté d'association garanties par l'article 2 de la Charte. Dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada s'est demandée si la disposition qui a précédé le paragraphe 34(1) de la LIPR — le paragraphe 19(1) de l'ancienne Loi — était conforme à la Charte. Elle a conclu que la question de savoir s'il y avait atteinte aux droits garantis par l'article 2 de la Charte ne se posait que pour la conduite postérieure à l'entrée au Canada. Ainsi, la disposition relative à l'interdiction de territoire ne limite pas la liberté d'expression ou d'association du particulier lorsqu'elle a pour effet de lui refuser l'admission au Canada.

Pour ce qui est de la question de savoir si l'alinéa 34(1)(f) enfreint l'article 15 de la Charte, ce n'était pas « l'état de Palestinienne apatride » de M^{me} Haj Khalil ni même son appartenance à l'Organisation de libération de la Palestine qui était à l'origine de la distinction ou de la différence de traitement, mais plutôt le fait qu'elle a déclaré dans son Formulaire de renseignements personnels et durant son témoignage au cours de l'audience du statut de réfugié la concernant qu'elle était membre du Fatah. L'appartenance à une organisation qui est ou a été affiliée au terrorisme ne constitue pas un motif analogue méritant la protection de la Charte.

Subsection 34(2), which vests the Minister with discretion to grant an exemption from an inadmissibility finding where it would not be detrimental to national interest, is not illusory. “Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments ‘will be applied constitutionally’ by the public service” (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)* (S.C.C.)). Maladministration of legislation can infringe upon an individual’s Charter rights, but it does not afford a basis for striking down the underlying legislation. Procedures are in place with respect to Ms. Haj Khalil’s application for ministerial exemption. If the decision is not forthcoming, she may apply for *mandamus*. And should she receive a negative ministerial exemption decision, it will be open to her to argue that the “maladministration” of the ministerial discretion infringed her Charter rights.

Le paragraphe 34(2), qui confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner effet à une déclaration d’interdiction de territoire s’il est convaincu que cela ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national, n’est pas illusoire. « Le Parlement a le droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte “seront appliqués d’une manière conforme à la Constitution” par les fonctionnaires » (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)* (C.S.C.)). La mauvaise application de textes de loi peut porter atteinte aux droits d’un particulier garantis par la Charte, mais elle ne constitue pas une raison de déclarer ce texte inconstitutionnel. Il existe des mesures concernant la demande de dispense ministérielle faite par M^{me} Haj Khalil. Si la décision se fait attendre, M^{me} Haj Khalil pourra solliciter un *mandamus*. Si le ministre refuse la dérogation, il sera alors loisible à M^{me} Haj Khalil de faire valoir que la « mauvaise application » du pouvoir discrétionnaire du ministre a porté atteinte à ses droits en vertu de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.04 (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 7, 15, 24(1).
- Canadian Forces Administrative Orders*, 49-6.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Convention on the Rights of the Child*, November 20, 1989, [1992] Can. T.S. No. 3.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36), 10 (as am. *idem*, s. 40).
- Customs Tariff*, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41.
- Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, Washington D.C., 13 September 1993.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18(3) (*idem*), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 369.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 399.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 19 (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 53 (as am. *idem*, s. 43; 1995, c. 15, s. 12).
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1),(2),(3), 4(2) (as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 118), 21(2), 25(1), 34, 35, 36(1), 37, 38, 44(1),(2), 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d), 95(2), 115, 190.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2, 7, 15, 24(1).
- Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 34.
- Convention relative aux droits de l’enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3.
- Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*, Washington D.C., 13 September 1993.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 160.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.04 (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36), 10 (mod., *idem*, art. 40).
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26); 18(3) (*idem*); 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
- Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 19 (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 53 (mod., *idem*, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12).

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160.
International Covenant on Civil and Political Rights,
 December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 9, 10,
 11, 12, 13, 14.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21.
*United Nations Convention Relating to the Status of
 Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 34.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C.
 2001, ch. 27, art. 3(1),(2),(3), 4(2) (mod. par L.C. 2005,
 ch. 38, art. 118), 21(2), 25(1), 34, 35, 36(1), 37, 38,
 44(1),(2), 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d),
 95(2), 115, 190.
Ordonnances administratives des Forces canadiennes,
 49-6.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques,
 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 9, 10, 11,
 12, 13, 14.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle
 369.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod.
 par DORS/2004-283, art. 2), 399.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Szebenyi v. Canada (1999), 247 N.R. 290 (F.C.A.).

APPLIED:

Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc., [2001] 2 S.C.R. 460; (2001), 201 D.L.R. (4th) 193; 34 Admin. L.R. (3d) 163; 10 C.C.E.L. (3d) 1; 7 C.P.C. (5th) 199; 272 N.R. 1; 149 O.A.C. 1; 2001 SCC 44; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; 77 C.R.R. (2d) 189; 260 N.R. 1; 2000 SCC 44; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 149 C.R.R. (2d) 340; 304 F.T.R. 222; 58 Imm. L.R. (3d) 181; 2006 FC 1457; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120; (2000), 193 D.L.R. (4th) 193; [2001] 2 W.W.R. 1; 83 B.C.L.R. (3d) 1; 28 Admin. L.R. (3d) 1; 145 B.C.A.C. 1; 150 C.C.C. (3d) 1; 38 C.R. (5th) 209; 263 N.R. 203; 2000 SCC 69.

DISTINGUISHED:

Canada v. Grenier, [2006] 2 F.C.R. 287; (2005), 262 D.L.R. (4th) 337; 344 N.R. 102; 2005 FCA 348; revg 262 F.T.R. 94; 2004 FC 1435; affg 258 F.T.R. 244; 2004 FC 132; *Morgan v. Canada* (1998), 117 B.C.A.C. 296; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th) 577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; (1994), 122 D.L.R. (4th) 1; 26 C.R.R. (2d) 202; 176 N.R. 161; 78 O.A.C. 1; 9 R.F.L. (4th) 157; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Szebenyi c. Canada, [1999] A.C.F. n° 1453 (C.A.) (QL).

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc., [2001] 2 R.C.S. 460; 2001 CSC 44; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; 2000 CSC 44; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1457; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120; 2000 CSC 69.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Canada c. Grenier, [2006] 2 R.C.F. 287; 2005 CAF 348; infirmant 2004 CF 1435; confirmant 2004 CF 132; *Morgan v. Canada* (1998), 117 B.C.A.C. 296; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; 188 D.L.R. (4th) 385; 146 C.C.C. (3d) 193; 37 C.R. (5th) 97; 75 C.R.R. (2d) 233 (C.A.); *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146; 226 C.C.C. (3d) 66; 159 C.R.R. (2d) 301; 2007 ONCJ 340; *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; 177

(3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; 188 D.L.R. (4th) 385; 146 C.C.C. (3d) 193; 37 C.R. (5th) 97; 75 C.R.R. (2d) 233 (C.A.); *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146; 226 C.C.C. (3d) 66; 159 C.R.R. (2d) 301; 2007 ONCJ 340; *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; 177 C.C.C. (3d) 449; 14 C.R. (6th) 1; 111 C.R.R. (2d) 201 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

Khalil v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2001 FCT 1266; *Khalil v. Canada* (2004), 252 F.T.R. 292; 2004 FC 732; *Prentice v. Canada*, [2006] 3 F.C.R. 135; (2005), 264 D.L.R. (4th) 742; 346 N.R. 201; 2005 FCA 395; revg (2004), 267 F.T.R. 163; 2004 FC 1657; leave to appeal to S.C.C. refused [2006] 1 S.C.R. viii; *Samimifar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 62 Imm. L.R. (3d) 3; 367 N.R. 140; 2007 FCA 248; *Samimifar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 663; 302 F.T.R. 163; 58 Imm. L.R. (3d) 24; 2006 FC 1301; *Metro Can Construction Ltd. v. Canada* (2001), 203 D.L.R. (4th) 741; [2001] 4 C.T.C. 13; 2001 DTC 5410; 273 N.R. 273; 2001 FCA 227; *Peter G. White Management Ltd. v. Canada*, 2007 FC 686; *Paszkowski v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 507; (2006), 287 F.T.R. 116; 51 Imm. L.R. (3d) 299; 2006 FC 198; *Szebenyi v. Canada*, [2007] 1 F.C.R. 527; (2006), 292 F.T.R. 253; 2006 FC 602; affd (2007), 63 Admin. L.R. (4th) 228; 61 Imm. L.R. (3d) 166; 362 N.R. 88; 2007 FCA 118; application for leave to S.C.C. refused [2007] S.C.C.A. No. 232 (QL); *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537; (2001), 206 D.L.R. (4th) 193; [2002] 1 W.W.R. 221; 96 B.C.L.R. (3d) 36; 160 B.C.A.C. 268; 8 C.C.L.T. (3d) 26; 277 N.R. 113; 2001 SCC 79; *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, [2007] 3 S.C.R. 83; (2007), 284 D.L.R. (4th) 682; 49 C.C.L.T. (3d) 1; 365 N.R. 302; 227 O.A.C. 161; 39 R.F.L. (6th) 245; 2007 SCC 38; *Minister of Employment and Immigration et al. v. Jimenez-Perez et al.*, [1984] 2 S.C.R. 565; (1984), 14 D.L.R. (4th) 609; [1985] 1 W.W.R. 577; 9 Admin. L.R. 280; 56 N.R. 215; *Premakumaran v. Canada* (2005), 33 C.C.L.T. (3d) 307; 2005 FC 113; affd [2007] 2 F.C.R. 191; (2006), 270 D.L.R. (4th) 440; 53 Imm. L.R. (3d) 161; 351 N.R. 165; 2006 FCA 213; application for leave to S.C.C. refused [2006] 2 S.C.R. xi; *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25; (1991), 80 D.L.R. (4th) 321; 129 N.R. 3 (C.A.); *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 284 F.T.R. 158; 2005 FC 1659; *Benaissa v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1220; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, [2007] 2 S.C.R. 793; (2007), 284 D.L.R. (4th) 385; 65 Admin. L.R. (4th) 1; [2008] 2 C.T.C. 129; 2007 DTC 5365; 365 N.R. 62; 2007 SCC 33; *Resurfice Corp. v. Hanke*, [2007] 1 S.C.R. 333; (2007), 404 A.R. 333; 278 D.L.R. (4th) 643; [2007] 4 W.W.R. 1; 69 Alta. L.R. (4th) 1; 45 C.C.L.T. (3d) 1; 357 N.R. 175; [2007] R.R.A. 1; 2007 SCC 7; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1

C.C.C. (3d) 449; 14 C.R. (6th) 1; 111 C.R.R. (2d) 201 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Khalil c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 1266; *Khalil c. Canada*, 2004 CF 732; *Prentice c. Canada*, [2006] 3 R.C.F. 135; 2005 CAF 395 infirmant 2004 CF 1657; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2006] 1 R.C.S. viii; *Samimifar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CAF 248; *Samimifar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 663; 2006 CF 1301; *Metro Can Construction Ltd. c. Canada* 2001 CAF 227; *Peter G. White Management Ltd. c. Canada*, 2007 CF 686; *Paszkowski c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 507; 2006 CF 198; *Szebenyi c. Canada*, [2007] 1 R.C.F. 527; 2006 CF 602; conf. par 2007 CAF 118; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2007] C.S.C.R. n° 232 (QL); *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537; 2001 CSC 79; *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, [2007] 3 R.C.S. 83; 2007 CSC 38; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration et al. c. Jimenez-Perez et al.*, [1984] 2 R.C.S. 565; *Premakumaran c. Canada*, 2005 CF 113; conf. par [2007] 2 R.C.F. 191; 2006 CAF 213; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2006] 2 R.C.S. xi; *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25 (C.A.); *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1659; *Benaissa c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1220; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, [2007] 2 R.C.S. 793; 2007 DTC 5365; 2007 CSC 33; *Resurfice Corp. c. Hanke*, [2007] 1 R.C.S. 333; 2007 CSC 7; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429; 2002 CSC 84; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539; 2005 CSC 51; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657; 2004 CSC 78.

S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429; (2002), 221 D.L.R. (4th) 257; 100 C.R.R. (2d) 1; 298 N.R. 1; 2002 SCC 84; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 47 C.R.R. (2d) 1; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539; (2005), 258 D.L.R. (4th) 193; (2005), 339 N.R. 1; 2005 SCC 51; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L.(4th) 63; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657; (2004), 245 D.L.R. (4th) 1; [2005] 2 W.W.R. 189; 206 B.C.A.C. 1; 34 B.C.L.R. (4th) 24; 124 C.R.R. (2d) 135; 327 N.R. 1; 2004 SCC 78.

REFERRED TO:

Ayangma v. Canada (2003), 313 N.R. 312; 2003 FCA 382; *Robb v. St. Joseph's Health Care Centre*; *Rintoul v. St. Joseph's Health Care Centre*; *Farrow v. Canadian Red Cross Society* (2001), 5 C.P.C. (5th) 252 (Ont. C.A.); *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 17; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562; (2001), 206 D.L.R. (4th) 211; 34 Admin. L.R. (3d) 38; 8 C.C.L.T. (3d) 153; 13 C.P.C. (5th) 35; 277 N.R. 145; 153 O.A.C. 388; 2001 SCC 80; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19 C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; 2003 SCC 69; *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643; (2006), 266 D.L.R. (4th) 257; 39 C.C.L.T. (3d) 163; 30 M.V.R. (5th) 1; 210 O.A.C. 315; [2006] R.R.A. 245; 2006 SCC 18; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; (1983), 153 D.L.R. (3d) 9; [1983] 3 W.W.R. 97; 23 CCLT 121; 45 N.R. 425; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; (1994), 116 D.L.R. (4th) 61; 22 Admin. L.R. (2d) 79; 21 C.R.R. (2d) 236; 24 Imm. L.R. (2d) 117; 167 N.R. 282; 72 O.A.C. 348; *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341; (1999), 70 C.R.R. (2d) 133; 12 Imm. L.R. (3d) 12; 250 N.R. 385 (C.A.); *Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404; (1999), 3 Imm. L.R. (3d) 26; 242 N.R. 173 (C.A.); *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; (1990), 107 N.B.R. (2d) 94; 72 D.L.R. (4th) 289; 4 C.C.L.T. (2d) 229; 110 N.R. 200; [1990] R.R.A. 660; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; (1986), 31 D.L.R. (4th) 569; [1986] 6 W.W.R.

DÉCISIONS CITÉES :

Ayangma c. Canada, 2003 CAF 382; *Robb v. St. Joseph's Health Care Centre*; *Rintoul v. St. Joseph's Health Care Centre*; *Farrow v. Canadian Red Cross Society* (2001), 5 C.P.C. (5th) 252 (C.A. Ont.); *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 17; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562; 2001 CSC 80; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263; 2003 CSC 69; *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643; 2006 CSC 18; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.); *Gwala c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 3 C.F. 404 (C.A.); *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; (1990), 107 R.N.-B. (2) 94; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Yamani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 381; *Soe c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 461; *Canada (Procureur général) c. Khalil*, DES-01-07 (C.F.), juge Layden-Stevenson, ordonnance en date du 11 septembre 2007.

577; 28 C.C.C. (3d) 513; 25 C.R.R. 63; 69 N.R. 241; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(e) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; [1990] 4 W.W.R. 481; (1990), 68 Man. R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 65; 77 C.R. (3d) 1; 48 C.R.R. 1; 109 N.R. 81; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; (1999), 244 A.R. 201; 180 D.L.R. (4th) 1; [2000] 2 W.W.R. 180; 75 Alta. L.R. (3d) 1; 139 C.C.C. (3d) 321; 28 C.R. (5th) 207; 248 N.R. 101; *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595; (1988), 31 O.A.C. 81; 5 C.C.C. (3d) 204; 66 C.R. (3d) 193; 9 N.R. 161; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81; *Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 62 Imm. L.R. (3d) 203; 2007 FC 381; *Soe v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 461; *Canada (Attorney General) v. Khalil*, DES-01-07 (F.C.), Layden-Stevenson J., order dated September 11, 2007.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 10: Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests. Ottawa: Citizenship and Immigration, online: <http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/ip/ip10e.pdf>.

United Nations. Human Rights Committee. *General Comment No. 27: Freedom of Movement (Art. 12)*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 9, General Comment No. 27, 2 November 1999.

ACTION for damages stemming from the defendant's delay in processing the plaintiffs' applications for permanent residence as a result of the primary plaintiff's inadmissibility pursuant to paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Action dismissed.

APPEARANCES:

Barbara L. Jackman and Leigh Salsberg for plaintiffs.
I. John Loncar, Lois Knepljar, Marina Stefanovic, Amy Lambiris, Tamrat Gebeyehu, Janet Chisholm and Ladan Mojaddad Shahrooz for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Jackman & Associates, Toronto, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 10 : Refus des cas de sécurité nationale/Traitement des demandes en vertu de l'intérêt national. Ottawa : Citoyenneté et Immigration, en ligne : <http://www.cic.gc.ca/français/ressources/guides/ip/ip10f.pdf>

Nations Unies. Comité des droits de l'homme. *Observation générale n° 27 : Liberté de circulation (art. 12)*, Doc. N.-U. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 9, Observation générale n° 27, 2 novembre 1999.

ACTION en dommages-intérêts découlant de la lenteur de la défenderesse à traiter les demandes de résidence permanente des demandeurs en raison de l'interdiction de territoire de la demanderesse principale en vertu de l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Action rejetée.

ONT COMPARU :

Barbara L. Jackman et Leigh Salsberg pour les demandeurs.
I. John Loncar, Lois Knepljar, Marina Stefanovic, Amy Lambiris, Tamrat Gebeyehu, Janet Chisholm et Ladan Mojaddad Shahrooz pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Jackman & Associates, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

[1] LAYDEN-STEVENSON J.: This matter is about delay in the processing of an application for permanent residence in Canada. When a determination of the plaintiffs' application was delayed, they sued.

[1] LA JUGE LAYDEN-STEVENSON : La présente affaire concerne la lenteur du traitement de demandes de résidence permanente au Canada. Quand la décision relative à leurs demandes fut reportée, les demandeurs ont engagé des poursuites.

[2] Nawal Haj Khalil is the primary plaintiff. She is the mother of the plaintiffs Anmar El Hassen and Acil El Hassen. Born in Syria, she is 57 years old and a stateless Palestinian. Her husband, Riyad El Hassen, resides in Gaza. Ms. Haj Khalil is a Convention refugee.

[2] Nawal Haj Khalil est la demanderesse principale. Elle est la mère des demandeurs Anmar El Hassen et Acil El Hassen. Née en Syrie, elle est âgée de 57 ans et elle est une Palestinienne apatride. Son mari, Riyad El Hassen, habite à Gaza. M^{me} Haj Khalil est une réfugiée au sens de la Convention.

[3] Anmar El Hassen is the 23-year-old son of Ms. Haj Khalil. He is a university graduate and is entering medical school in Dubai this semester. He was granted permanent resident status in Canada on February 2, 2007.

[3] Anmar El Hassen, âgé de 23 ans, est le fils de M^{me} Haj Khalil. Titulaire d'un diplôme universitaire, il entre à la faculté de médecine de Dubaï ce semestre-ci. Il a obtenu le statut de résident permanent au Canada le 2 février 2007.

[4] Acil El Hassen is Ms. Haj Khalil's 18-year-old daughter. Acil graduated from high school in 2007 and is attending university this fall. She was granted permanent resident status in Canada on December 21, 2006.

[4] Acil El Hassen, âgée de 18 ans, est la fille de M^{me} Haj Khalil. Elle a obtenu un diplôme d'études secondaires en 2007 et elle entre à l'université cet automne. Elle a obtenu le statut de résidente permanente au Canada le 21 décembre 2006.

[5] In this action, the plaintiffs allege that the defendant's delay in processing their applications for permanent residence caused them harm for which they claim damages. They assert that their entitlement to damages arises from the defendant's negligence and the infringement of their sections 7 and 15 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter). For this infringement, they claim a remedy under subsection 24(1) of the Charter.

[5] Dans cette action, les demandeurs prétendent que la lenteur de la défenderesse à traiter leurs demandes de résidence permanente leur a causé un préjudice pour lequel ils demandent des dommages-intérêts. Ils affirment que leur droit à des dommages-intérêts résulte de la négligence de la défenderesse et de l'atteinte aux droits que leur garantissent les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n^o 44] (la Charte). Pour cette atteinte à leurs droits, ils demandent réparation en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte.

[6] More specifically, Ms. Haj Khalil claims damages for: psychological distress (depression); economic loss; loss of guidance, care and companionship of her husband; and punitive damages. Anmar and Acil claim damages for the loss of guidance, care and companionship of their father and punitive damages.

[6] Plus précisément, M^{me} Haj Khalil réclame des dommages-intérêts pour : détresse psychologique (dépression), préjudice économique, perte des conseils, des soins et de la compagnie de son mari, ce à quoi s'ajoutent des dommages-intérêts punitifs. Anmar et Acil demandent réparation pour perte des conseils, des soins

Anmar also claims unspecified special damages for the loss of a summer job.

[7] Relying on sections 2 and 15 of the Charter, the plaintiffs also seek a declaration that, under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], paragraph 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) is unconstitutional and of no force and effect.

[8] I conclude that the plaintiffs' action must fail. Although they have established that there was unreasonable and inordinate delay in the processing of their applications for permanent residence, delay is not a free-standing cause of action.

[9] There is insufficient proximity between the plaintiffs and the defendant to found a private law duty of care. Additionally, there are compelling policy reasons that militate against the imposition of such a duty. Even if it were otherwise, causation has not been established. Consequently, the plaintiffs cannot succeed in negligence.

[10] The plaintiffs have not established that their liberty interests under section 7 of the Charter are engaged on the facts of this matter. The section 7 security of the person interests are not engaged because the alleged harm is not state imposed. The primary plaintiff's allegation of infringement of her equality rights under section 15 of the Charter was not seriously advanced. Consequently, I am unable to address it.

[11] The plaintiffs' attack on the constitutionality of paragraph 34(1)(f) of the IRPA on the premise that it contravenes section 2 of the Charter has been authoritatively determined by the Supreme Court of Canada. The challenge on the basis of section 15 of the Charter fails because the primary plaintiff has not demonstrated that she was treated differentially by virtue of her nature as a stateless Palestinian. The allegation

et de la compagnie de leur père, ainsi que des dommages-intérêts punitifs. Anmar demande également des dommages-intérêts spéciaux non précisés, pour la perte d'un emploi d'été.

[7] Se fondant sur les articles 2 et 15 de la Charte, les demandeurs sollicitent aussi un jugement déclaratoire disant qu'en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) est inconstitutionnel, et donc inopérant.

[8] J'arrive à la conclusion que l'action des demandeurs doit être rejetée. Ils ont établi qu'il y a eu un retard excessif et déraisonnable dans le traitement de leurs demandes de résidence permanente, mais la lenteur à agir n'est pas en soi une cause d'action.

[9] Il n'y a pas, entre les demandeurs et la défenderesse, une proximité suffisante propre à fonder une obligation de diligence relevant du droit privé. En outre, des raisons incontournables de bonne politique militent contre l'imposition d'une telle obligation. Même s'il en était autrement, le lien de causalité n'a pas été établi. Par conséquent, les demandeurs ne peuvent obtenir gain de cause en raison de la négligence.

[10] Les demandeurs n'ont pas établi que leur droit à la liberté, garanti par l'article 7 de la Charte, entre en jeu dans la présente affaire. Le droit à la sécurité de la personne, garanti par l'article 7, n'entre pas en jeu parce que le prétendu préjudice n'a pas l'État pour origine. L'argument de la demanderesse principale selon lequel il a été porté atteinte à ses droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte n'a pas été véritablement développé. Par conséquent, il m'est impossible de l'étudier.

[11] Les demandeurs contestent la constitutionnalité de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR, affirmant que cette disposition contrevient à l'article 2 de la Charte, mais cette question a été résolue d'une manière décisive par la Cour suprême du Canada. La contestation fondée sur l'article 15 de la Charte échoue parce que la demanderesse principale n'a pas prouvé qu'un traitement différent lui a été appliqué en raison de son statut de

that the provision is unconstitutional because the remedy under subsection 34(2) of the IRPA is illusory fails because it constitutes an attack on the manner in which the legislation is administered rather than the validity of the legislation itself. No subsection 34(2) determination has been made regarding the primary plaintiff. Should the decision be negative, it may be judicially reviewed on the basis that the provision was applied unconstitutionally.

Preliminary Observations

[12] My discussion of the issues in this action is detailed. It is important to note at the outset that the merits of Ms. Haj Khalil's admissibility (or inadmissibility) to Canada or her suitability for ministerial exemption (if inadmissible) are not in issue here. Consequently, my commentary should not be seen as an expression of opinion on such matters.

[13] The table of contents below identifies the topics addressed in these reasons and their location.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph Number
1. The Legislative Context.....	14
2. The Chronology.....	25
3. The Departmental Protocol.....	35
4. The Evidence.....	48
5. Delay.....	72
(i) Stage One.....	74
(ii) Stage Two.....	100
6. The Issues.....	126
(i) The Threshold Issue – Do the Principles Enunciated in <i>Grenier</i> and <i>Prentice</i> Mean that the Plaintiffs' Action is Barred?.....	127
(a) <i>Res judicata</i>	133
(b) <i>Grenier</i>	137
(ii) The Allegation of Negligence.....	154
(a) Duty of care.....	170
(b) Causation.....	209
(iii) Breach of Section 7 of the Charter.....	258
(a) Liberty interests.....	263
(b) Security of the person interests.....	285
(iv) Breach of Section 15 of the Charter.....	296
(v) The Constitutionality of paragraph 34(1)(f) of the IRPA.....	300
(a) Section 2 of the Charter.....	301

Palestinienne apatride. L'affirmation selon laquelle la disposition est inconstitutionnelle parce que le recours prévu par le paragraphe 34(2) de la LIPR est illusoire n'est pas fondée parce qu'elle équivaut à contester la manière dont la loi est appliquée plutôt que la validité de la loi elle-même. Aucune décision n'a été prise concernant la demanderesse principale au titre du paragraphe 34(2). Si la décision est défavorable, la demanderesse pourra solliciter le contrôle judiciaire de cette décision en invoquant l'inconstitutionnalité de l'application de cette disposition.

Observations préliminaires

[12] L'examen que j'ai fait des points soulevés dans cette action est détaillé. Il importe de noter d'emblée que le bien-fondé de l'admissibilité (ou de l'interdiction de territoire) de M^{me} Haj Khalil au Canada, ou son droit à une dispense ministérielle (si elle est déclarée interdite de territoire), n'est pas en cause ici. Par conséquent, mes commentaires ne doivent pas être considérés comme l'expression d'une opinion sur ces aspects.

[13] La table des matières ci-après indique les sujets étudiés dans les présents motifs, ainsi que l'endroit où ils sont traités.

TABLE DES MATIÈRES

	Numéro de paragraphe
1. Le contexte légal.....	14
2. La chronologie.....	25
3. Le protocole ministériel.....	35
4. La preuve.....	48
5. La lenteur de CIC à agir.....	72
i) Étape un.....	74
ii) Étape deux.....	100
6. Les questions en litige.....	126
i) La question préliminaire – Les principes énoncés dans les arrêts <i>Grenier</i> et <i>Prentice</i> signifient-ils que l'action des demandeurs est irrecevable?.....	127
a) le principe de la chose jugée.....	133
b) l'arrêt <i>Grenier</i>	137
ii) La présumée négligence.....	154
a) l'obligation de diligence.....	170
b) le lien de causalité.....	209
iii) L'article 7 de la Charte.....	258
a) le droit à la liberté.....	263
b) le droit à la sécurité de la personne.....	285
iv) L'article 15 de la Charte.....	296
v) La constitutionnalité de l'alinéa 34(1)(f) de la LIPR.....	300
a) l'article 2 de la Charte.....	301

(b) Section 15 of the Charter.....	312	b) l'article 15 de la Charte.....	312
(c) Subsection 34(2) of the IRPA is illusory	330	c) le paragraphe 34(2) de la LIPR	330
7. Miscellaneous Issues.....	348	7. Questions diverses	348
8. Costs	351	8. Les dépens	351

1. The Legislative Context

[14] The legislative context underlying this matter is important. Ms. Haj Khalil was found to be a Convention refugee under the provisions of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 (the former Act). Her application for permanent residence was submitted under the former Act. On June 28, 2002, the IRPA came into force. By virtue of section 190 of the IRPA, Ms. Haj Khalil's application for permanent residence, after June 28, 2002, was to be determined in accordance with the provisions of the IRPA.

[15] Although the IRPA introduced a number of changes in many respects, the substance of the legislative provisions relevant to Ms. Haj Khalil's application for permanent residence remains the same as that under the former Act. Therefore, I propose to refer only to the provisions contained in the IRPA. The full text of all statutory provisions referenced in these reasons is set out in the attached Schedule A.

[16] Subsection 21(2) of the IRPA, subject to one exception that is not relevant here, provides that a Convention refugee who applies for permanent residence becomes a permanent resident if the application has been made in accordance with the regulations (within 180 days of the Convention refugee determination) and the Convention refugee is not inadmissible on any ground referred to in section 34 or 35, subsection 36(1) or section 37 or 38 of the IRPA. Section 34 is the material provision in this matter.

[17] Subsection 34(1) of the IRPA sets out the conditions regarding inadmissibility on "security grounds". In Ms. Haj Khalil's case, we are concerned with paragraphs 34(1)(c) and (f). Those paragraphs, together, provide that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for being a member of an organization that there are reasonable

1. Le contexte légal

[14] Le contexte légal qui sous-tend la présente affaire est important. M^{me} Haj Khalil a été déclarée réfugiée au sens de la Convention, en application des dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 (l'ancienne Loi). Sa demande de résidence permanente a été présentée en vertu de l'ancienne Loi. Le 28 juin 2002, la LIPR entrait en vigueur. En application de l'article 190 de la LIPR, la demande de résidence permanente présentée par M^{me} Haj Khalil devait, après le 28 juin 2002, être étudiée d'après les dispositions de la LIPR.

[15] La LIPR a entraîné plusieurs changements sous de nombreux aspects, mais le fond des dispositions légales intéressant la demande de résidence permanente de M^{me} Haj Khalil reste le même que dans l'ancienne Loi. Je me propose donc de n'invoquer que les dispositions figurant dans la LIPR. Le texte intégral de toutes les dispositions légales mentionnées dans les présents motifs apparaît à l'annexe A.

[16] Sauf une exception qui n'intéresse pas la présente affaire, le paragraphe 21(2) de la LIPR prévoit qu'un réfugié au sens de la Convention qui sollicite le statut de résident permanent devient résident permanent si la demande a été présentée en conformité avec les règlements (dans un délai de 180 jours après la décision reconnaissant le statut de réfugié) et si le réfugié n'est pas interdit de territoire pour l'un des motifs mentionnés aux articles 34 ou 35, au paragraphe 36(1) ou aux articles 37 ou 38 de la LIPR. L'article 34 est la disposition qui nous intéresse ici.

[17] Le paragraphe 34(1) de la LIPR énonce les conditions de l'interdiction de territoire pour « raison de sécurité ». S'agissant de M^{me} Haj Khalil, les dispositions qui nous intéressent sont les alinéas 34(1)c) et f). Ces alinéas, pris comme un tout, prévoient qu'un résident permanent ou un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité s'il est membre d'une organisation

grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism.

[18] A finding of inadmissibility can be overcome if an individual satisfies the Minister that the person's presence in Canada would not be detrimental to the national interest. This process is referred to as "ministerial exemption" or "ministerial relief" and is provided for in subsection 34(2). The terms "ministerial exemption" and "ministerial relief" are used interchangeably throughout these reasons. Although the IRPA permits the Minister to delegate authority in favour of another person (to act in the Minister's stead), the Minister may not delegate authority with respect to subsection 34(2). The ministerial exemption power is non-delegable.

[19] Under subsection 44(1) of the IRPA, when an immigration officer determines that a permanent resident or a foreign national is inadmissible, the officer may prepare a report on inadmissibility. Such a report is to be provided to the Minister. If in the Minister's opinion the report is well founded, pursuant to subsection 44(2) the matter may be referred to the Immigration Division for an admissibility hearing. Except in relation to a Convention refugee, the admissibility hearing can result in a removal order. Canada's international obligations under the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 (entered into force April 22, 1954) (the Refugee Convention) require Canada to respect the principle of non-refoulement. Section 115 of the IRPA prohibits the removal of a Convention refugee to a country where the person would be at risk of persecution for any of the grounds set out in the Refugee Convention or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment. An exception is provided for in circumstances where the person is determined to be a danger to the security of Canada. The debate in relation to this provision has no application in this matter because Ms. Haj Khalil is not considered to be a danger to the security of Canada.

[20] One significant change in the IRPA is the transfer of enumerated powers from the Minister of Citizenship and Immigration (traditionally responsible for the administration of the Act) to the Minister of Public

dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre, s'est livrée ou se livrera au terrorisme.

[18] Une conclusion d'interdiction de territoire peut être surmontée si la personne en cause convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. C'est ce que l'on appelle la « dispense ministérielle » ou « dérogation ministérielle ». Cette procédure est prévue par le paragraphe 34(2). Les expressions « dispense ministérielle » et « dérogation ministérielle » sont utilisées indistinctement dans les présents motifs. La LIPR autorise le ministre à déléguer ses pouvoirs à une autre personne (qui agira en son nom), mais le ministre ne peut pas déléguer le pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 34(2). Le pouvoir de dispense ministérielle n'est pas susceptible de délégation.

[19] Selon le paragraphe 44(1) de la LIPR, lorsqu'un agent d'immigration conclut qu'un résident permanent ou un étranger est interdit de territoire, il peut établir un rapport sur l'interdiction de territoire. Ce rapport sera transmis au ministre. Si, de l'avis du ministre, le rapport est bien fondé, alors, en application du paragraphe 44(2), le dossier peut être déféré à la Section de l'immigration pour enquête. Sauf dans le cas d'un réfugié au sens de la Convention, l'enquête en question peut déboucher sur une mesure de renvoi. Les obligations internationales du Canada aux termes de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6] (entrée en vigueur le 22 avril 1954) (la Convention sur les réfugiés), oblige le Canada à respecter le principe de non-refoulement. L'article 115 de la LIPR interdit le renvoi d'un réfugié au sens de la Convention dans un pays où il risque la persécution pour l'un des motifs énoncés dans la Convention sur les réfugiés, ou bien la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités. Une exception est prévue dans les cas où l'intéressé est déclaré constituer un danger pour la sécurité du Canada. Le débat portant sur cette disposition n'intéresse pas la présente affaire, puisque l'on n'estime pas que M^{me} Haj Khalil constitue un danger pour la sécurité du Canada.

[20] L'un des changements importants dans la LIPR est le transfert de certains pouvoirs du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (traditionnellement chargé de l'application de la Loi) au ministre de la

Safety and Emergency Preparedness. Under subsection 4(2) [as am. by S.C. 2005, c. 38, s. 118] of the IRPA, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness is responsible for the administration of the IRPA in relation to: examinations at ports of entry; the enforcement of the IRPA, including arrest, detention and removal; the establishment of policies respecting the enforcement of the IRPA and inadmissibility on grounds of security, organized criminality or violating human or international rights; and determinations under any of subsections 34(2), 35(2) and 37(2) of the IRPA.

[21] This change resulted from the Prime Minister's creation of the portfolio of Public Safety and Emergency Preparedness Canada (PSEPC) in December of 2003. The structure of the PSEPC is complex. For present purposes, it is sufficient to say that the PSEPC is an umbrella department with many components. In conjunction with the creation of PSEPC, the Canada Border Services Agency (CBSA) was created and forms part of the PSEPC. The Citizenship and Immigration Canada (CIC) Security Review Department (I will refer to CIC Security Review in more detail later) was moved to the CBSA and became the Counter-Terrorism Branch of the CBSA. Subsequently, the IRPA was amended to vest responsibility for the above-noted sections with the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. I note parenthetically that the title of this department has recently been changed to Public Safety Canada. Given that the new title is less cumbersome, I will refer henceforth to this department as the Department of Public Safety (PS).

[22] Consequently, while under the former Act, Ms. Haj Khalil's case (as it has unfolded) would have been the responsibility of the Minister of Citizenship and Immigration, it now falls under the authority of both the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety.

[23] Subsection 95(2) of the IRPA provides that a Convention refugee is a protected person. A protected person, determined to be inadmissible, may request judicial review in the Federal Court. Section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] permits judicial review

Sécurité publique et de la Protection civile. Selon le paragraphe 4(2) [mod. par L.C. 2005, ch. 38, art. 118] de la LIPR, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile est chargé de l'application de la LIPR en ce qui concerne : a) le contrôle des personnes aux points d'entrée, b) les mesures d'exécution de la LIPR, notamment en matière d'arrestation, de détention et de renvoi, c) l'établissement des orientations en matière d'exécution de la LIPR et d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour activités de criminalité organisée, d) la prise des décisions au titre des paragraphes 34(2), 35(2) ou 37(2) de la LIPR.

[21] Ce changement résultait de la création, par le premier ministre, en décembre 2003, du ministère appelé Sécurité publique et Protection civile Canada (SPPCC). La structure de SPPCC est complexe. Aux fins qui nous intéressent, qu'il suffise de dire que SPPCC est un ministère-cadre formé de plusieurs composants. En même temps que SPPCC, on a établi l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), qui fait partie de SPPCC. La Section de l'examen sécuritaire (je parlerai plus en détail plus loin de cette section) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a été transférée à l'ASFC, pour devenir la Division de la lutte contre le terrorisme de l'ASFC. Par la suite, la LIPR a été modifiée de manière à confier au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile la responsabilité des sections susmentionnées. J'observe en passant que l'appellation de ce ministère a récemment été changée pour Sécurité publique Canada. Étant donné que la nouvelle appellation est moins encombrante, j'appellerai désormais ce ministère le ministère de la Sécurité publique (MSP).

[22] Ainsi, alors que, selon l'ancienne Loi, le cas de M^{me} Haj Khalil (tel qu'il a évolué) aurait relevé du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, il tombe aujourd'hui sous la responsabilité à la fois du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et du ministre de la Sécurité publique.

[23] Le paragraphe 95(2) de la LIPR prévoit qu'un réfugié au sens de la Convention est une personne protégée. Une personne protégée qui est déclarée interdite de territoire peut solliciter le contrôle judiciaire de cette décision devant la Cour fédérale. L'article 72

with respect to any matter under the IRPA, with leave of the Court.

[24] The *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], specifically section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26], outlines the remedies available on applications for judicial review. They include: an injunction; writs of *certiorari*, prohibition, *mandamus* and *quo warranto*; and declaratory relief. Judicial review of any matter under the IRPA is subject to the time limits prescribed in section 72 of the IRPA and is to be disposed of without delay and in a summary way. Under paragraph 74(d), an appeal to the Federal Court of Appeal can be initiated only if a Federal Court judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

2. The Chronology

[25] Ms. Haj Khalil and her children arrived in Canada, via the United States, in March of 1994. Upon arrival, Ms. Haj Khalil claimed refugee status. In April, she was determined eligible to make a refugee claim. The hearing (to determine whether she was a Convention refugee) was conducted over two days in October and December of 1994. She and her children were granted refugee status on December 21, 1994. In January of 1995, Ms. Haj Khalil applied for permanent residence and included her children and her husband as dependants on her application. She received provisional approval of her application shortly thereafter. Requests for screening action regarding Ms. Haj Khalil and her “dependent husband abroad” were dated January 11, 1995.

[26] In April of 1996, Ms. Haj Khalil received a call-in notice to appear for an interview in May. Ms. Haj Khalil was interviewed, as scheduled, by a representative of the Canadian Security and Intelligence Service (CSIS). CSIS generated a report dated July 31, 1997. This report was forwarded to CIC Security Review where further investigations were conducted. A Security Review report was prepared and sent to the CIC regional office in Toronto for transfer to the CIC local office in Windsor. In June of 1998, the file was assigned to Windsor senior immigration officer, Kelly White.

[mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] autorise le contrôle judiciaire de toute mesure prise en vertu de la LIPR, avec l’autorisation de la Cour.

[24] La *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], plus précisément son article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26], énumère les mesures de redressement possibles dans une demande de contrôle judiciaire. Ce sont : l’injonction, les brefs de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, et le jugement déclaratoire. Le contrôle judiciaire d’une mesure prise en vertu de la LIPR est subordonné aux délais prévus par l’article 72 de la LIPR, et le juge doit statuer à bref délai et selon la procédure sommaire. L’alinéa 74d) dispose que le jugement consécutif au contrôle judiciaire n’est susceptible d’appel en Cour d’appel fédérale que si le juge certifie que l’affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

2. La chronologie

[25] M^{me} Haj Khalil et ses enfants sont arrivés au Canada, depuis les États-Unis, en mars 1994. Dès leur arrivée, M^{me} Haj Khalil a demandé l’asile. En avril, elle a été déclarée recevable à présenter une demande d’asile. L’audience (pour déterminer si elle était une réfugiée au sens de la Convention) a nécessité deux jours, en octobre et décembre 1994. Elle et ses enfants ont obtenu le statut de réfugiés le 21 décembre 1994. En janvier 1995, M^{me} Haj Khalil a demandé la résidence permanente, en incluant dans sa demande ses enfants et son mari en tant que personnes à charge. Sa demande a été provisoirement approuvée peu de temps après. Des mesures de vérification concernant M^{me} Haj Khalil et son « mari à charge à l’étranger » ont été requises le 11 janvier 1995.

[26] En avril 1996, M^{me} Haj Khalil a reçu un avis de convocation la priant de se présenter pour une entrevue en mai. L’entrevue a eu lieu, comme prévu, entre M^{me} Haj Khalil et un représentant du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS). Le SCRS a rédigé un rapport portant la date du 31 juillet 1997. Ce rapport a été transmis à la Section de l’examen sécuritaire de CIC, qui a procédé à des enquêtes complémentaires. Un rapport d’examen sécuritaire a été rédigé, puis envoyé au bureau régional de CIC à Toronto, pour transmission au bureau local de CIC à Windsor. En juin 1998, le

[27] Ms. White interviewed Ms. Haj Khalil in November of 1998 and prepared a report (the White report) with respect to Ms. Haj Khalil's inadmissibility. The White report was sent to CIC Security Review in February of 1999. By August of 1999, Security Review had examined and approved the White report. In November of 1999, Ms. White drafted a refusal letter with respect to Ms. Haj Khalil's application and forwarded the draft to CIC Security Review. Ms. White's letter, with minor modifications, was approved in January of 2000. Approximately one month later, Ms. Haj Khalil received notice of the refusal.

[28] In March of 2000, Ms. Haj Khalil applied for leave and judicial review of the inadmissibility determination. She requested that the decision be quashed on various grounds — including non-compliance with the Charter — and that an order for *mandamus* issue. Leave was granted and the matter was scheduled for hearing on May 15, 2001. For reasons that are not apparent from the record, the date was twice rescheduled, presumably at the request of the Minister. In July of 2001, the Minister consented to the application for judicial review and in October, under rule 369 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106 ([now] the *Federal Courts Rules* [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]), the Minister requested judgment. Ms. Haj Khalil opposed the motion and asked that the matter proceed to a hearing in January of 2002. By order dated November 16, 2001 [2001 FCT 1266], Mr. Justice Gibson allowed the application for judicial review, quashed the inadmissibility decision and remitted the matter for determination on the basis of "open source information." He denied Ms. Haj Khalil's request for a hearing because the matter was moot.

[29] Shortly thereafter, Ms. Haj Khalil's counsel wrote to CIC counsel requesting that the re-determination of her client's admissibility be completed within two weeks. CIC counsel, in response, indicated that the two-week time frame was not possible, but the file would be handled expeditiously.

dossier fut assigné à Kelly White, agente principale d'immigration à Windsor.

[27] M^{me} White a interviewé M^{me} Haj Khalil en novembre 1998, puis rédigé un rapport (le rapport de M^{me} White) concernant l'interdiction de territoire de M^{me} Haj Khalil. Le rapport de M^{me} White a été envoyé à la Section de l'examen sécuritaire de CIC en février 1999. En août 1999, la Section de l'examen sécuritaire avait examiné et approuvé le rapport de M^{me} White. En novembre 1999, M^{me} White a rédigé un projet de lettre de refus en réponse à la demande de M^{me} Haj Khalil et l'a envoyé à la Section de l'examen sécuritaire de CIC. La lettre de M^{me} White a été approuvée, sous réserve de modifications mineures, en janvier 2000. Environ un mois plus tard, M^{me} Haj Khalil recevait avis du refus.

[28] En mars 2000, M^{me} Haj Khalil a présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'interdiction de territoire. Invoquant divers moyens, dont la non-conformité à la Charte, elle priait la Cour d'annuler la décision et de rendre une ordonnance de *mandamus*. L'autorisation lui a été accordée, et l'audition de l'affaire a été fixée au 15 mai 2001. Pour des raisons qui n'apparaissent pas dans le dossier, la date fut reportée deux fois, sans doute à la demande du ministre. En juillet 2001, le ministre a consenti à la demande de contrôle judiciaire et, en octobre, il a présenté en vertu de la règle 369 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106 [maintenant les *Règles des Cours fédérales*, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], une requête en jugement sommaire. M^{me} Haj Khalil s'est opposée à la requête et a demandé que l'affaire soit soumise à audition en janvier 2002. Par ordonnance en date du 16 novembre 2001 [2001 CFPI 1266], le juge Gibson a accordé la demande de contrôle judiciaire, annulé la conclusion d'interdiction de territoire et renvoyé l'affaire pour nouvelle décision fondée sur une « information de source ouverte ». Il a rejeté la demande d'audition présentée par M^{me} Haj Khalil, parce que l'instance était devenue théorique.

[29] Peu après, l'avocat de M^{me} Haj Khalil a écrit à l'avocat de CIC pour le prier de faire en sorte que la nouvelle décision portant sur l'admissibilité de sa cliente soit prise dans un délai de deux semaines. L'avocat de CIC lui a répondu que le délai de deux semaines était impossible à tenir, mais que le dossier serait traité avec célérité.

[30] Ms. Haj Khalil was interviewed by Windsor senior immigration officer John Swizawski in March of 2002. Her counsel specifically requested that Ms. Haj Khalil, if found inadmissible, be considered for ministerial exemption. Mr. Swizawski determined that Ms. Haj Khalil was inadmissible. He submitted his report (the Swizawski report) to CIC Security Review in the summer of 2002. Ms. Haj Khalil did not receive a copy of the Swizawski report although she learned of its existence and obtained a copy of it through the disclosure process in relation to this action.

[31] In October of 2002, CIC Security Review analyst, Roseanne Da Costa, prepared a memorandum recommending against the granting of ministerial relief. Although this memorandum was forwarded to the Director of Security Review, it did not make its way to the Minister because ministerial relief cases were suspended pending review of the ministerial relief process and the formatting of memoranda in relation to that process. In May of 2003, a departmental decision — to “park” 120 ministerial relief cases until CIC Security Review cleared its backlog — was taken. The backlog was comprised of more than 1000 cases (600 cases involving individuals where there was insufficient information to find them inadmissible and 400 cases involving individuals where CIC Security Review would recommend inadmissibility).

[32] In October of 2003, CIC Security Review erroneously informed Ms. Haj Khalil that her file was before the Minister. In November of that year, another memorandum (recommending that ministerial relief be refused) was authored by analyst Lara Oldford. As noted earlier, in December of 2003, CIC Security Review became the Counter-Terrorism Branch of the newly created CBSA.

[33] The plaintiffs filed their statement of claim in November of 2003. One month later, the defendant Crown moved to strike the action. Prothonotary

[30] En mars 2002, M^{me} Haj Khalil a été interviewée par John Swizawski, agent principal d’immigration à Windsor. L’avocat de M^{me} Haj Khalil a demandé explicitement que, si sa cliente était déclarée interdite de territoire, elle puisse bénéficier d’une dispense ministérielle. M. Swizawski a conclu que M^{me} Haj Khalil était interdite de territoire. Il a présenté son rapport (le rapport de M. Swizawski) à la Section de l’examen sécuritaire de CIC à l’été de 2002. M^{me} Haj Khalil n’a pas reçu le rapport de M. Swizawski, mais elle a eu connaissance de son existence et en a obtenu un exemplaire à la faveur du processus de divulgation lié à la présente procédure.

[31] En octobre 2002, Roseanne Da Costa, analyste à la Section de l’examen sécuritaire de CIC, a rédigé une note de service dans laquelle elle recommandait que la dérogation ministérielle soit refusée. Cette note a été transmise au directeur de la Section de l’examen sécuritaire, mais elle ne s’est pas rendue jusqu’au ministre parce que l’examen des dossiers de cette nature avait été suspendu jusqu’à révision du mécanisme des dérogations ministérielles et la modification du contenu des notes de service s’y rapportant. En mai 2003, le Ministère a pris la décision de « mettre en sommeil » 120 dossiers de demandes de dérogation ministérielle jusqu’à ce que la Section de l’examen sécuritaire de CIC liquide son arriéré. L’arriéré comprenait plus de 1 000 dossiers (600 pour lesquels l’information était insuffisante et ne permettait pas de conclure à des interdictions de territoire et 400 autres pour lesquels la Section de l’examen sécuritaire de CIC envisageait de recommander l’interdiction de territoire).

[32] En octobre 2003, la Section de l’examen sécuritaire de CIC a informé M^{me} Haj Khalil que son dossier avait été soumis au ministre, alors que ce n’était pas le cas. En novembre de cette année-là, l’analyste Lara Oldford rédigea une autre note de service, dans laquelle elle recommandait que la dérogation ministérielle soit refusée. Comme je l’ai dit plus haut, la Section de l’examen sécuritaire de CIC est devenue en décembre 2003 la Division de la lutte contre le terrorisme, au sein de la nouvelle ASFC.

[33] Les demandeurs ont déposé leur déclaration en novembre 2003. Un mois plus tard, la Couronne défenderesse présentait une requête en radiation de

Milczynski dismissed the motion. On May 19, 2004 [(2004), 252 F.T.R. 292 (F.C.)], Madam Justice Heneghan dismissed the Crown's appeal of Prothonotary Milczynski's order. The plaintiffs filed an amended statement of claim less than one month after Justice Heneghan's order.

[34] In June of 2004, analyst Lara (Oldford) Armit prepared a further memorandum wherein she recommended against the granting of ministerial relief. Ms. Haj Khalil received disclosure of this "CBSA recommendation" in January of 2006. Ms. Haj Khalil provided reply submissions with respect to the CBSA recommendation. Correspondence between CBSA and Ms. Haj Khalil continued for another year. In view of the time lapse since the preparation of the Swizawski report, CBSA Counter-Terrorism recommended the preparation of a new admissibility decision. Ms. Haj Khalil received a call-in notice to appear for an interview in March of 2007. The resulting negative decision was withdrawn because the immigration officer had failed to consider Ms. Haj Khalil's reply submissions. At the end of the trial, the admissibility decision remained outstanding as did the request for ministerial relief.

3. The Departmental Protocol

[35] It is important to properly situate the chronology within the context of the CIC administration. The composition and structure of government departments change over time. So it was in this case. An assessment of Ms. Haj Khalil's allegation of delay requires an appreciation of the nature of CIC Security Review as well as its interaction with other CIC Departments and external agencies. In my recitation of the Department's policies and practices, I have relied on the evidence of Ian Taylor, Kathleen O'Brien and Louis Dumas. Detail has been omitted in favour of an overview. While some of the background is generic, for the most part I am speaking of admissibility cases where it appears that an individual applying for permanent residence has been a member of an organization that engaged in terrorist acts.

l'action. La protonotaire Milczynski a rejeté la requête. Le 19 mai 2004 [2004 CF 732], la juge Heneghan a rejeté l'appel formé par la Couronne contre l'ordonnance de la protonotaire Milczynski. Les demandeurs ont déposé une déclaration modifiée moins d'un mois après l'ordonnance de la juge Heneghan.

[34] En juin 2004, l'analyste Lara (Oldford) Armit a rédigé une nouvelle note de service dans laquelle elle recommandait que soit refusée la dérogation ministérielle. M^{me} Haj Khalil a reçu communication en janvier 2006 de cette « recommandation de l'ASFC ». Elle a répondu à cette recommandation par ses observations. L'échange de correspondance entre l'ASFC et M^{me} Haj Khalil s'est poursuivi durant une autre année. Vu le laps de temps qui s'était écoulé depuis le rapport de M. Swizawski, la Division de la lutte contre le terrorisme de l'ASFC a recommandé que soit rédigée une nouvelle décision sur l'admissibilité de M^{me} Haj Khalil. Celle-ci a reçu un avis de convocation la priant de se présenter à une entrevue en mars 2007. La décision défavorable qui en a résulté a été annulée parce que l'agent d'immigration n'avait pas tenu compte des observations présentées par M^{me} Haj Khalil en réplique. À la fin du procès, la décision concernant l'admissibilité de M^{me} Haj Khalil était encore en suspens, de même que sa demande de dérogation ministérielle.

3. Le protocole ministériel

[35] Il importe de bien saisir la chronologie des événements dans le contexte de l'administration de CIC. La composition et la structure des ministères évoluent avec le temps. Ce fut le cas ici. Pour bien évaluer les lenteurs administratives alléguées par M^{me} Haj Khalil, il faut comprendre la nature de la Section de l'examen sécuritaire de CIC, ainsi que ses rapports avec les autres sections de CIC et avec les autres ministères. Dans le compte rendu que je fais des politiques et pratiques du Ministère, je me suis fondée sur les témoignages de Ian Taylor, Kathleen O'Brien et Louis Dumas. J'ai omis le détail pour privilégier une vue d'ensemble. Le contexte est en partie générique, mais je parle essentiellement des dossiers d'admissibilité où il apparaît que le candidat à la résidence permanente a été membre d'une organisation qui s'est livrée au terrorisme.

[36] During the 1980s, CIC Security Review was primarily concerned with counter-intelligence and counter-surveillance due to the activities of the Soviet Bloc. In 1985, the Security Review unit was comprised of six people. In the late 1980s, it became part of the CIC Enforcement Branch and in 1991, it was transferred to the CIC Case Management Branch. During the 1990s, coincident with the fall of the Soviet Bloc and the influx of refugees claiming asylum in Canada, the unit's focus shifted to increased emphasis on counter-terrorism. It was staffed by 10 people and was responsible for handling the files for both Security Review and War Crimes.

[37] Applications for permanent residence were sent first to the centralized processing centre (CPC) in Vegreville, Alberta, and from there, to other departments or agencies as required. Security screening was conducted by CSIS and its screening briefs, once completed, were forwarded to CIC Security Review. Security Review did not consider the contents of the CSIS screening briefs to be determinative. An analyst was assigned responsibility for reviewing each file in greater depth and arriving at a recommendation to be submitted to the Director of Security Review. Once the Director approved and signed the recommendation, the Security Review memo was sent, along with the CSIS brief and information on the "terrorist" organization in question, to the CIC local office via the CIC regional office.

[38] A local office immigration officer was responsible for making both an admissibility determination and a recommendation with respect to ministerial relief (the latter was made only if the individual was determined inadmissible). The immigration officer's report required the concurrence of the CIC local office supervisor. After the concurrence was obtained, the officer's report was forwarded to Security Review where an analyst considered the viability of ministerial exemption. At the time, reports of inadmissibility determinations were not provided to applicants until the ministerial relief process

[36] Durant la décennie 1980, la Section de l'examen sécuritaire de CIC s'occupait principalement de contre-espionnage et de contre-surveillance dans le sillage des activités du Bloc soviétique. En 1985, la Section de l'examen sécuritaire comprenait six personnes. À la fin de la décennie 1980, elle est devenue partie intégrante de la Direction générale de l'exécution de la loi de CIC et, en 1991, elle était transférée à la Direction générale du règlement des cas de CIC. Durant la décennie 1990, époque de la chute du Bloc soviétique et de l'afflux de réfugiés demandant l'asile au Canada, la Section de l'examen sécuritaire a réorienté son centre d'intérêt et accordé davantage d'importance à la lutte contre le terrorisme. Elle se composait de dix personnes et avait pour mission de traiter les dossiers touchant l'examen sécuritaire, tout comme les dossiers en matière de crimes de guerre.

[37] Les demandes de résidence permanente étaient envoyées d'abord au Centre de traitement des demandes (CTD), à Vegreville (Alberta), et, de là, aux autres ministères et organismes compétents. Les vérifications sécuritaires étaient effectuées par le SCRS, dont les mémoires en la matière, une fois complétés, étaient transmis à la Section de l'examen sécuritaire de CIC. La Section ne considérait pas comme déterminante la teneur des mémoires du SCRS en matière de vérifications sécuritaires. Un analyste avait pour tâche de revoir chaque dossier plus en détail et de soumettre une recommandation à l'examen du directeur de la Section. Après que le directeur avait approuvé et signé la recommandation, la note de la Section de l'examen sécuritaire était envoyée, en même temps que le mémoire du SCRS et l'information sur l'organisation « terroriste » en cause, au bureau local de CIC, via le bureau régional de CIC.

[38] Un agent d'immigration du bureau local de CIC était chargé à la fois de rendre une décision en matière d'admissibilité et de recommander ou non une dérogation ministérielle (recommandation qui n'était faite que si l'intéressé était déclaré interdit de territoire). Le rapport de l'agent d'immigration était subordonné à l'assentiment du surveillant du bureau local de CIC. Après que le surveillant avait donné son assentiment, le rapport de l'agent d'immigration était transmis à la Section de l'examen sécuritaire, où un analyste étudiait la pertinence d'une dispense ministérielle. À l'époque,

had been completed. If CIC Security Review recommended relief, the required documentation was sent up the chain of command to the Minister for determination. Accordingly, some applicants would never know they had been found inadmissible because permanent residence was granted through the ministerial exemption process.

[39] Those applicants for whom ministerial relief was not recommended were provided with the immigration officer's report containing the inadmissibility finding and the recommendation with respect to ministerial relief. During this period, absent a specific request for ministerial relief at the time of the application (for permanent residence), only those cases where a positive recommendation for ministerial relief had been rendered made their way up the chain of command. Although the admissibility decisions were made by a CIC local office immigration officer, Security Review was not bound by the immigration officer's recommendation regarding ministerial relief. The rule of thumb dictated that individuals who merited relief were those who had no personal history of violent activity (and could therefore not be considered true terrorists) and who generally would have been in Canada at least three to five years (to allow for an informed assessment of any security risk). The files of persons not recommended for ministerial relief, whom it was thought might merit ministerial relief in the future, were "BF'd" (brought forward) to a future date.

[40] The events of September 11th in 2001 and the case of Ahmed Ressam led the government to alter its approach to admissibility and screening. In November of 2001, front-end screening was introduced. Unlike the former method whereby individuals were screened after they filed their applications for permanent residence, this process enabled immigration officers to identify potentially inadmissible persons at the first port of entry (POE).

les rapports concernant les décisions d'interdiction de territoire n'étaient communiqués aux candidats qu'après la conclusion du processus de dérogation ministérielle. Si la Section de l'examen sécuritaire de CIC recommandait une dérogation, les documents requis remontaient la voie hiérarchique jusqu'au ministre, pour décision. En conséquence, certains candidats n'étaient jamais informés qu'ils avaient été déclarés interdits de territoire, parce que la résidence permanente leur était accordée à la faveur du processus de dispense ministérielle.

[39] Les candidats pour lesquels on ne recommandait pas une dérogation ministérielle se voyaient remettre le rapport de l'agent d'immigration renfermant la conclusion d'interdiction de territoire et la recommandation au sujet de la dérogation ministérielle. À l'époque, sauf demande spécifique de dérogation ministérielle présentée à la date de la demande (de résidence permanente), seuls les cas où l'on recommandait une dérogation ministérielle remontaient la voie hiérarchique. Les décisions en matière d'admissibilité étaient prises par un agent d'immigration du bureau local de CIC, mais la Section de l'examen sécuritaire n'était pas liée par la recommandation de l'agent d'immigration concernant la dérogation ministérielle. La règle empirique voulait que les personnes qui méritaient une dérogation étaient celles qui ne présentaient pas d'antécédents personnels d'actes de violence (et ne pouvaient donc être considérées comme de véritables terroristes) et qui généralement avaient séjourné au Canada entre trois et cinq ans au moins (afin de permettre une évaluation informée de tout risque lié à la sécurité). Les dossiers des personnes pour lesquelles on ne recommandait pas une dérogation ministérielle, mais dont on croyait qu'elles pourraient mériter plus tard une telle dérogation, portaient la mention « à rappeler » à une date future.

[40] Les événements du 11 septembre 2001 et le cas Ahmed Ressam ont conduit l'administration publique à modifier son approche en matière d'admissibilité et de vérification. En novembre 2001, le principe des vérifications préalables était adopté. Contrairement à l'ancienne méthode selon laquelle les individus étaient soumis à des vérifications après avoir déposé leurs demandes de résidence permanente, la nouvelle méthode permettait aux agents d'immigration de repérer au

[41] Additionally, the protocol surrounding the ministerial exemption process became somewhat more formalized. In the absence of a specific request for relief, inadmissible applicants were refused permanent residence by the immigration officer. That is, CIC Security Review no longer unilaterally identified potential meritorious candidates for ministerial exemption. However, Security Review recommended that where local immigration officers perceived that applications contained “an indirect request” for ministerial relief, the officers were encouraged to refer the matter to Security Review in the same manner as a direct request.

[42] Immigration officers were not required to inform applicants of the availability of the ministerial relief. Cases forwarded for assessment of a ministerial exemption went up the chain of command. The practice — that inadmissibility determinations and the immigration officers’ reports were not provided to applicants until such time as the ministerial relief applications had been assessed and, then, only if the decisions were negative — remained the same. I should also note that departmental policy dictated that applicants who wished to obtain their inadmissibility reports could do so through a “formal privacy request.”

[43] In March of 2002, CIC created the Intelligence Branch. This branch incorporated Security Review, Organized Crime, War Crimes, Research and Intelligence Co-ordination and the “more traditional” intelligence area (review of trends and analysis of improperly documented arrivals). At this time, an analyst’s recommendation memorandum wended its way through a chain of command which included the: Director; Senior Director; Director-General; Assistant Deputy Minister; Minister’s Executive Services; Deputy Minister; Minister’s Chief of Staff; and, ultimately, the Minister.

premier point d’entrée les personnes susceptibles d’être frappées d’interdiction de territoire.

[41] En outre, le protocole entourant le processus de dispense ministérielle est devenu un peu plus structuré. En l’absence d’une demande spécifique de dérogation, les candidats interdits de territoire se voyaient refuser la résidence permanente par l’agent d’immigration. Plus exactement, la Section de l’examen sécuritaire de CIC ne désignait plus de manière unilatérale les candidats susceptibles de justifier une dispense ministérielle. Cependant, la Section de l’examen sécuritaire recommandait aux agents locaux d’immigration, lorsqu’ils s’apercevaient qu’une demande contenait « une requête indirecte » de dérogation ministérielle, de renvoyer l’affaire à la Section comme pour une requête directe.

[42] Les agents d’immigration n’étaient pas tenus d’informer les candidats de l’existence du processus de dérogation ministérielle. Les dossiers transmis pour évaluation d’une possible dispense ministérielle remontaient la voie hiérarchique. La pratique — selon laquelle les conclusions d’interdiction de territoire et les rapports des agents d’immigration n’étaient communiqués aux candidats qu’après évaluation de leurs requêtes en dispense ministérielle, et alors uniquement si les décisions en la matière étaient défavorables — restait la même. Je ferais aussi observer que, selon la politique ministérielle, les candidats qui souhaitaient obtenir les rapports d’interdiction de territoire les concernant pouvaient le faire au moyen d’une « demande officielle de communication de renseignements personnels ».

[43] En mars 2002, CIC a établi la Direction générale du renseignement. Cette direction générale comprenait la Section de l’examen sécuritaire, la Section du crime organisé, la Section des crimes de guerre, la Division de la coordination du renseignement et de la recherche, ainsi que le domaine « plus traditionnel » du renseignement (examen des tendances et analyse des arrivées pour lesquelles les pièces justificatives sont insuffisantes). À l’époque, la note résumant la recommandation d’un analyste était acheminée selon une voie hiérarchique qui comprenait le directeur, le directeur principal, le directeur général, le sous-ministre adjoint, les services exécutifs du ministre, le sous-ministre, le chef de cabinet du ministre et finalement le ministre.

[44] Also during this time frame, “border pressure” and the events of 9/11 resulted in an increased focus on national security. By 2002, the Security Review unit employed 20 people. At some point following the creation of the Intelligence Branch (the record is not clear as to the precise timing), a directive was issued from the Minister’s office regarding the necessity of achieving uniformity in the format of the ministerial exemption memoranda emanating from three of the units within the CIC Intelligence Branch (Security Review, Organized Crime and War Crimes). As a result of the directive, a review was conducted. As earlier noted, during the review ministerial exemption memoranda to the Minister were held in abeyance.

[45] By May of 2003, the CIC Intelligence Branch staff numbered 20 to 25 persons. In December of that year, the Intelligence Branch was transferred to CBSA jurisdiction. As a result, the Intelligence Branch became part of a larger organization with a broader mandate including immigration intelligence, immigration enforcement, Canada Customs, and other border activities. As a result of this change, Security Review reported to the Minister of Public Safety. From roughly May of 2003 until May of 2004 new guidelines regarding the processing of ministerial exemption applications were developed and encapsulated in the CIC *Inland Processing Manual (IP)* (Chapter IP 10 [“Refusal of National Security Cases/Processing of National Interest Requests”]).

[46] Although not made “formal” until February of 2005, the IP 10 guidelines were implemented in their draft form. The guidelines introduced a new disclosure process whereby the security analysts’ ministerial relief memoranda were disclosed to applicants before the files were presented to the Minister for consideration. Additionally, the IP 10 guidelines discouraged immigration officers from providing recommendations with respect to ministerial relief. Immigration officers, henceforth, were to determine admissibility and forward applicants’ submissions on ministerial exemption to Security Review where analysts

[44] Également durant cette période, les « pressions à la frontière » et les événements du 11 septembre avaient accentué l’intérêt porté à la sécurité nationale. En 2002, la Section de l’examen sécuritaire employait 20 personnes. Après la mise sur pied de la Direction générale du renseignement (le dossier ne dit pas précisément à quelle date), le cabinet du ministre a émis une directive concernant la nécessité d’uniformiser la présentation des notes relatives à la dispense ministérielle qui émanaient de trois des unités formant la Direction générale du renseignement de CIC (la Section de l’examen sécuritaire, la Section du crime organisé et la Section des crimes de guerre). En conséquence de la directive, un réexamen a eu lieu. Comme je l’ai dit plus haut, durant ce réexamen, les notes adressées au ministre qui concernaient les dispenses ministérielles furent mises en sommeil.

[45] En mai 2003, la Direction générale du renseignement de CIC comptait entre 20 et 25 employés. En décembre de la même année, la Direction générale du renseignement fut transférée à l’ASFC. Elle devenait donc partie d’une organisation plus grande, investie d’un mandat plus étendu, à savoir le renseignement en matière d’immigration, les mesures d’exécution en matière d’immigration, Douanes Canada et d’autres activités frontalières. En conséquence de ce changement, la Section de l’examen sécuritaire relevait désormais du ministre de la Sécurité publique. De mai 2003 jusqu’à mai 2004 environ, de nouvelles lignes directrices concernant le traitement des demandes de dispense ministérielle furent élaborées et intégrées au *Guide de traitement des demandes au Canada (IP)* (chapitre IP 10 [« Refus des cas de sécurité nationale/traitement des demandes en vertu de l’intérêt national »]).

[46] Même si elles ne sont devenues « officielles » qu’en février 2005, les lignes directrices IP 10 furent appliquées sous leur forme d’avant-projet. Elles établissaient un nouveau mécanisme de divulgation dans lequel les notes rédigées par les analystes de la sécurité à propos des demandes de dérogation ministérielle étaient communiquées aux candidats avant que les dossiers ne soient soumis à l’examen du ministre. En outre, les lignes directrices IP 10 dissuadaient les agents d’immigration de faire des recommandations en matière de dérogation ministérielle. Les agents d’immigration devaient désormais statuer sur l’admissibilité des

would be charged with preparing recommendations for the Minister. The chain of command changed dramatically and is best left to be described by the chart depicting it which is attached to these reasons as Schedule B (Exhibit D-113).

[47] In early 2005, Security Review was renamed the “Counter-Terrorism” unit within CBSA. The Director of Security Review became the Manager of Counter-Terrorism. Although the unit retained responsibility for matters pertaining to espionage and subversion, it was, and is, highly focussed on “membership in terrorist groups.”

4. The Evidence

[48] Twenty-one witnesses testified at the trial. I do not intend to delineate their evidence here. Rather, it will be reviewed, as required, in my analysis of the issues. Ms. Haj Khalil’s evidence was lengthy. The summary provided below is an overview of the evidence that is necessary for an understanding of the issues that are relevant to this action. Her evidence also will be referenced, as necessary, elsewhere. Anmar and Acil El Hassen’s testimony will be mentioned here and in my discussion of specific issues. Unfortunately, Mr. Riyad El Hassen did not testify. Consequently, many questions surrounding his intentions and actions remain unanswered, except as perceived by Ms. Haj Khalil.

[49] Ms. Haj Khalil was raised in Syria. In 1978, during her third year of university (faculty of engineering), following a referendum regarding the re-election of President Hafez Assad, she was arrested by the Syrian Intelligence Forces in connection with the distribution of pamphlets. She was suspected of being a member of the Syrian Communist Party and a member of the political bureau of the Communist Party. She was detained, beaten and tortured for a period of four months. She was repeatedly questioned about her fiancé’s affiliations with the Communist Party, the political bureau and Fatah. She was eventually released when her father paid a bribe.

candidats et transmettre leurs arguments en matière de dispense ministérielle à la Section de l’examen sécuritaire, où des analystes se chargeraient de soumettre des recommandations au ministre. La voie hiérarchique avait considérablement évolué, et la meilleure description qui en soit donnée apparaît dans le diagramme joint aux présents motifs comme annexe B (pièce D-113).

[47] Au début de 2005, la Section de l’examen sécuritaire fut rebaptisée Division de la lutte contre le terrorisme, au sein de l’ASFC. Le directeur de la Section de l’examen sécuritaire était désormais directeur général adjoint de la lutte contre le terrorisme. L’unité conservait la responsabilité des aspects intéressant l’espionnage et la subversion, mais elle était, et est encore, fortement axée sur « l’appartenance aux groupes terroristes ».

4. La preuve

[48] Vingt et un témoins ont témoigné au procès. Je n’entends pas reproduire ici leurs témoignages. Ils seront plutôt examinés, au besoin, dans mon analyse des questions en litige. M^{me} Haj Khalil a longuement témoigné. Le sommaire qui suit donne de la preuve l’aperçu général requis pour une compréhension des questions en litige dans la présente action. Le témoignage de M^{me} Haj Khalil sera également invoqué ailleurs, au besoin. Les témoignages d’Anmar et d’Acil El Hassen seront invoqués ici, et dans l’examen que je ferai de questions spécifiques. Malheureusement, M. Riyad El Hassen n’a pas témoigné. Nombre des questions entourant ses intentions et ses actes restent donc sans réponse, sauf ce que peut en dire M^{me} Haj Khalil.

[49] M^{me} Haj Khalil a grandi en Syrie. En 1978, durant sa troisième année d’université (faculté de génie), à la suite d’un référendum portant sur la réélection du président Hafez Assad, elle fut arrêtée par le service syrien du renseignement en rapport avec la distribution de tracts. Elle était soupçonnée d’être membre du Parti communiste syrien et membre du bureau politique du Parti communiste. Elle a été détenue, battue et torturée durant quatre mois. Elle fut très souvent interrogée sur les liens de son fiancé avec le Parti communiste, le bureau politique et le Fatah. Elle fut finalement relâchée après que son père eut versé un pot-de-vin à ses gardiens.

[50] Upon her release, she joined her fiancé, Mr. El Hassen, in Lebanon. They were married in July of 1978 in Beirut. In terms of obtaining employment in Lebanon, Ms. Haj Khalil's recollection at the trial was somewhat confused (transcript, at pages 270-271). However, the request to admit facts and the reply indicate that at the end of 1978, Ms. Haj Khalil began to write small local affairs pieces for the Palestine Liberation Organization (PLO) papers in Beirut. Her husband had already been writing for the PLO *Al-Quaeda* (the base) and *Sout Falestine* (voice of Palestine). On June 1, 1979, Ms. Haj Khalil and her husband became full-time writers for *Filastin al Thawra* (Palestine, the Revolution).

[51] The *Filastin al Thawra* (FAT) was the official publication of the PLO. It consisted of a daily newspaper and a weekly magazine. The couple wrote for FAT in Lebanon from 1979 until 1982. Ms. Haj Khalil used the name "Amal Ghanem" both for writing and for all other purposes. She was known as Amal Ghanem. Ms. Haj Khalil testified that her function was to report events or news. This task consisted of condensing information provided to her. There was no opportunity for the expression of personal opinion. Occasionally, some analysis of the events was provided, but it had to be within the scope provided by the editor-in-chief of FAT.

[52] In 1982, they had to leave Lebanon. Mr. El Hassen left for Tunisia and Ms. Haj Khalil returned to Syria where she remained for one month before joining her husband in Tunisia. The couple's children were born in Tunisia. While there, Ms. Haj Khalil continued doing the same work for the FAT magazine. At that time, she wrote about one article per week. When she was in Lebanon and Tunisia, Ms. Haj Khalil returned to Syria to visit her parents. From Lebanon, she would borrow a friend's ID and cross the border. From Tunisia, she used her Syrian travel document. She ceased visiting her parents in 1990 when her father-in-law received a "summons" requiring her presence for questioning at the security office in Damascus in relation to her smuggling, out of Syria, of the names of imprisoned persons.

[50] Après sa libération, elle a rejoint son fiancé, M. El Hassen, au Liban. Ils se sont mariés en juillet 1978 à Beyrouth. Pour ce qui est de sa situation d'emploi au Liban, les souvenirs de M^{me} Haj Khalil au procès ont été un peu confus (transcription, aux pages 270 et 271). Cependant, la demande d'aveux et la réponse montrent qu'à la fin de 1978, M^{me} Haj Khalil a commencé à écrire de petits articles sur les affaires locales pour les journaux de l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) à Beyrouth. Son mari écrivait déjà pour des organes d'information de l'OLP, à savoir *Al-Quaeda* (la base) et *Sout Falestine* (la voix de la Palestine). Le 1^{er} juin 1979, M^{me} Haj Khalil et son mari entreprenaient de se consacrer à l'écriture à temps plein pour la *Filastin al Thawra* (Palestine, la Révolution).

[51] La *Filastin al Thawra* (FAT) était la publication officielle de l'OLP. Elle comprenait un quotidien et une revue hebdomadaire. Le couple a écrit pour la FAT au Liban de 1979 à 1982. M^{me} Haj Khalil utilisait le pseudonyme « Amal Ghanem », tant pour l'écriture qu'à d'autres fins. Elle était connue sous le nom de Amal Ghanem. Elle a témoigné que sa fonction consistait à rendre compte d'événements ou de nouvelles. Elle devait condenser l'information qui lui était communiquée. Il n'y avait aucune place pour l'expression d'opinions personnelles. Parfois, elle se livrait à une analyse des événements, mais ce devait être à l'intérieur des limites fixées par le rédacteur en chef de la FAT.

[52] En 1982, ils durent quitter le Liban. M. El Hassen est parti pour la Tunisie et M^{me} Haj Khalil est retournée en Syrie, où elle est restée durant un mois avant de rejoindre son mari en Tunisie. Les enfants du couple sont nés en Tunisie. Durant leur séjour dans ce pays, M^{me} Haj Khalil a continué de faire le même travail pour le magazine FAT. À l'époque, elle écrivait environ un article par semaine. Lorsqu'elle était au Liban et en Tunisie, elle est retournée en Syrie pour rendre visite à ses parents. Pour s'y rendre à partir du Liban, elle empruntait la carte d'identité d'une amie et traversait la frontière. Pour s'y rendre à partir de la Tunisie, elle utilisait son titre de voyage syrien. Elle a cessé de rendre visite à ses parents en 1990 quand son beau-père a reçu pour elle une « sommation à comparaître » qui la priait de se présenter pour interrogatoire au bureau de la sécurité à Damas, en rapport avec le fait qu'elle avait passé en contrebande, depuis la Syrie, les noms de personnes emprisonnées.

[53] In 1993, after the Oslo Accords, Ms. Haj Khalil was to return to Syria. When she objected, she was offered a position writing for FAT in Iraq. She declined and her employment was terminated. The family applied for visitor visas for the United States. Mr. El Hassen's application was rejected. Ms. Haj Khalil and the children travelled to the United States and then to Canada. When they arrived in Canada and made refugee claims, her claim was assessed in relation to persecution in Syria.

[54] In her personal information form (PIF), and at her refugee hearing, Ms. Haj Khalil described the torture she had sustained during her detention in Syria. She also relied on the "continuing criticism" in her writing "of the Syrians in Lebanon, and as the rift between the PLO Fatah and the Syrian government deepened, of Syria itself." She claimed that if it "has been discovered, or ever was discovered, that [she] was 'Amal Ghanem', [she] would be imprisoned indefinitely in Syria." The final paragraph of her PIF stated:

I believe that I cannot return to Syria because of my past experiences there. I have further participated in the collection of human rights details which have probably been used to embarrass the Syrian government further complicating the issue. And further still, I believe that I have now caused offence to the Syrian authorities by failing to acknowledge their summons and surrender and for all of these reasons I believe I will suffer long term detention in Syria where my death may either result from purposeful torture or from the conditions and treatment in Syrian prisons. Furthermore I cannot predict or otherwise know whether my employment and membership in the PLO-Fatah has been discovered but I have no doubt that I would be apprehended immediately upon entering Syria for having smuggled human rights material from Syria. As a detainee I would undergo great pressure to admit to my errors and under torture might reveal my own culpability as a former anti-Syrian writer for the PLO faction Fatah.

[55] To support her claim, Ms. Haj Khalil submitted three articles that she claimed to have written. As earlier noted, she was successful before the Immigration and

[53] En 1993, après les accords d'Oslo, M^{me} Haj Khalil devait retourner en Syrie. Quand elle s'y est opposée, on lui a offert un poste de rédactrice pour la FAT en Iraq. Elle a refusé cette offre et elle a été licenciée. La famille a demandé des visas de visiteurs pour les États-Unis. La demande de M. El Hassen a été refusée. M^{me} Haj Khalil et les enfants sont partis pour les États-Unis, puis se sont rendus au Canada. Lorsqu'ils sont arrivés au Canada et ont présenté les demandes d'asile, sa demande a été évaluée en rapport avec la persécution en Syrie.

[54] Dans son formulaire de renseignements personnels (FRP), et lors de l'audience relative à sa demande d'asile, M^{me} Haj Khalil a décrit la torture qu'elle avait subie durant sa détention en Syrie. Elle a aussi invoqué la [TRADUCTION] « critique constante » qu'elle faisait dans ses écrits [TRADUCTION] « à propos des Syriens au Liban et, à mesure que le désaccord entre le Fatah de l'OLP et le gouvernement syrien devenait plus profond, à propos de la Syrie elle-même ». Elle a dit que [TRADUCTION] « s'il avait été découvert, ou s'il était jamais découvert, qu'[elle] était "Amal Ghanem", [elle] serait emprisonnée pour une période indéfinie en Syrie ». Le paragraphe final de son FRP contient ce qui suit :

[TRADUCTION] Je crois que je ne peux pas retourner en Syrie en raison de mes expériences passées dans ce pays. J'ai également participé à un travail de collecte de renseignements en matière de droits de l'homme qui ont probablement servi à embarrasser le gouvernement syrien, compliquant ainsi davantage la situation. Et en plus, je crois que j'ai maintenant indisposé les autorités syriennes en ignorant leur sommation à comparaître et en m'abstenant de me présenter à elles, et, pour toutes ces raisons, je crois que je subirais une longue détention en Syrie, au cours de laquelle ma mort pourrait résulter soit d'actes délibérés de torture, soit des conditions et traitements infligés dans les prisons syriennes. Par ailleurs, il m'est impossible de prédire ou de savoir si mon emploi et mon appartenance au Fatah de l'OLP ont été découverts, mais je n'ai aucun doute que je serais arrêtée dès mon entrée en Syrie pour avoir quitté la Syrie avec des documents relatifs aux droits de l'homme. En tant que détenue, on ne me laisserait pas en paix tant que je n'admettrais pas mes erreurs et, sous la torture, je pourrais être amenée à révéler ma propre culpabilité en tant qu'ancienne rédactrice anti-syrienne travaillant pour la faction de l'OLP appelée Fatah.

[55] À l'appui de ses dires, M^{me} Haj Khalil a produit trois articles dont elle se disait l'auteur. Comme je l'ai dit plus haut, elle a obtenu gain de cause devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié.

Refugee Board. She and the children were determined to be Convention refugees.

[56] Ms. Haj Khalil testified that when she applied for permanent residence, she listed her husband and her children as dependants. She denied that her husband told immigration officials that he did not want to come to Canada. She referred to her affidavit (sworn following the first inadmissibility determination) exhibiting the first page of his application for permanent residence date-stamped as being received in the Canadian Embassy, in Tel Aviv, Israel. Ms. Haj Khalil's evidence regarding her husband's current position was confusing. She stated first that she did not think he is the deputy minister (of the Palestinian Authority). After some discussion regarding the correlation between rank and salary, she said, "He is, if he is a deputy minister, and it's a great possibility he is, it's the employment ranking" (transcript, at page 948). She claimed that if the newspapers say that her husband was a campaign manager for Fatah, "it means that it is true" (transcript, at page 946).

[57] Regarding her plans, Ms. Haj Khalil stated that when she arrived in Canada she did not speak English. She began attending a program for language but when she learned of the Adult Learning Centre, where she could obtain her high school equivalency diploma, she combined the two programs and received her Ontario high school diploma in the summer of 1996. She intended to enter St. Clair College to take business and then find a part-time job. However, as a Convention refugee, she did not qualify for the Ontario Student Assistance Program (OSAP) and she said that she could not attend. Instead, she began a program at the Women's Enterprise Skills Training of Windsor (WEST), which she described as "a school for language, also for LINC program and computer programs" (transcript, at page 582). My understanding is that this program involved some hands-on training. Ms. Haj Khalil was assigned to the CIBC Bank on Walker Road. She testified that she was discriminated against when she was not hired as a teller (upon the completion of her training program) on the basis of her Social Insurance Number (SIN) 900 series number and her status as a refugee.

Elle et les enfants ont été reconnus comme réfugiés au sens de la Convention.

[56] M^{me} Haj Khalil a témoigné que, lorsqu'elle a demandé la résidence permanente, elle a indiqué comme personnes à charge son mari et ses enfants. Elle a nié que son mari ait dit aux fonctionnaires de l'immigration qu'il ne voulait pas venir au Canada. Elle s'est référée à son affidavit (souscrit après la première décision d'interdiction de territoire) auquel est annexée la première page de la demande de résidence permanente de son mari, une page où apparaît la date à laquelle la demande a été reçue à l'ambassade du Canada à Tel-Aviv, en Israël. Le témoignage de M^{me} Haj Khalil concernant le poste actuel de son mari n'était pas clair. Elle a d'abord dit qu'elle ne croyait pas qu'il est vice-ministre (de l'Autorité palestinienne). Après quelques échanges concernant le lien entre le rang et le salaire, elle a dit : [TRADUCTION] « Il l'est, s'il est vice-ministre, et il est fort possible qu'il le soit, c'est le rang de cet emploi » (transcription, à la page 948). Elle a dit que, si les journaux affirment que son mari a été directeur de campagne pour le Fatah, [TRADUCTION] « cela veut dire que c'est vrai » (transcription, à la page 946).

[57] S'agissant de ses projets, M^{me} Haj Khalil a dit que lorsqu'elle est arrivée au Canada, elle ne parlait pas l'anglais. Elle a commencé à suivre un programme d'apprentissage de la langue, mais, lorsqu'elle a appris l'existence du Centre d'apprentissage pour adultes, où elle pouvait obtenir son diplôme d'équivalence d'études secondaires, elle a combiné les deux programmes et obtenu à l'été 1996 son diplôme d'études secondaires de l'Ontario. Elle voulait s'inscrire au Collège St. Clair pour des études de commerce, pour trouver ensuite un travail à temps partiel. Cependant, en tant que réfugiée au sens de la Convention, elle n'était pas admissible au Régime d'aide financière aux étudiants de l'Ontario (RAFEO), et elle a dit qu'elle n'a pu fréquenter cette institution. Elle a plutôt entrepris un programme au Women's Enterprise Skills Training (WEST) de Windsor, qu'elle a décrit comme [TRADUCTION] « une école d'apprentissage de la langue, mais aussi pour le programme CLIC et des programmes informatiques » (transcription, à la page 582). Si je comprends bien, le programme WEST dispensait une formation pratique. M^{me} Haj Khalil a été affectée à la Banque Canadienne Impériale de

[58] Following this experience, she applied at the Toronto School of Business but was again unable to attend because of her inability to qualify for OSAP. Eventually, she did take courses at St. Clair College which she completed just prior to her move from Windsor to Ottawa. She stated that she sought out jobs of every kind but was never called for an interview. She believed this was the result of her 900 series SIN. She volunteered in various capacities and ultimately obtained part-time employment at an accounting firm. She has not worked since she moved to Ottawa in August of 2003.

[59] Ms. Haj Khalil stated that her life was in limbo. Referring to her affidavit sworn in support of her application for judicial review of the first inadmissibility decision, she claimed that every year she had to go through the “renewal of the student authorization, renewal of health card, and lately renewal of social insurance number.” She maintained that “[she] kept busy with going after these things” and she felt that it consumed “a lot of [her] mind.” She viewed it as “disgraceful that [her] life [was] going around renewing papers, for what reason [she didn’t] know.” She feels that she does not have “ownership of [her] own destiny.” She asked “what is the future? One week, two weeks, my life. . . 50 years, 100 years? It is inhumane to leave people like that” (transcript, at pages 479-480).

[60] When asked about the effect of the physical separation of her husband from the family, Ms. Haj Khalil stated (transcript, at pages 535-536):

Actually, it’s. . . it is hard for all of us, not my children, because I can watch my children growing up in Canada, and, whether

Commerce, sur le chemin Walker. Elle a témoigné qu’elle a été victime de discrimination quand on lui a refusé un poste de caissière (après la fin de son programme de formation), à cause de son numéro d’assurance sociale (NAS), un numéro de la série 900, et de sa qualité de réfugiée.

[58] À la suite de cette déconvenue, elle a posé sa candidature à la Toronto School of Business, mais encore une fois n’a pu fréquenter cette institution parce qu’elle n’était pas admissible au RAFO. Finalement, elle a suivi des cours au Collège St. Clair, cours qu’elle a achevés juste avant de quitter Windsor pour aller vivre à Ottawa. Elle a dit qu’elle avait cherché des emplois de tout genre, mais qu’on ne l’a jamais convoqué en entrevue. Elle croyait que c’était à cause de son NAS de la série 900. Elle s’est proposée comme bénévole pour diverses tâches et finalement a obtenu un emploi à temps partiel dans un cabinet d’experts-comptables. Elle n’a pas travaillé depuis qu’elle a déménagé à Ottawa en août 2003.

[59] M^{me} Haj Khalil a dit que sa vie était en suspens. Se référant à son affidavit souscrit au soutien de sa demande de contrôle judiciaire à l’encontre de la première décision d’interdiction de territoire, elle a dit que, chaque année, elle devait se soumettre aux formalités [TRADUCTION] « de renouvellement de l’autorisation d’étudiant, de renouvellement de la carte santé, et dernièrement de renouvellement du numéro d’assurance sociale ». Elle a affirmé qu’ [TRADUCTION] « elle trouvait à s’occuper en s’efforçant de régler toutes ces choses », et elle trouvait que cela [TRADUCTION] « monopolisait à l’excès [son] esprit ». Elle trouvait [TRADUCTION] « déshonorant de passer tout son temps à renouveler des papiers, sans qu’elle sache trop pour quelle raison ». Elle a le sentiment de ne pas avoir [TRADUCTION] « la maîtrise de [sa] propre destinée ». Elle se demandait : [TRADUCTION] « Que me réserve l’avenir? Une semaine, deux semaines, ma vie[. . .] 50 ans, 100 ans? Il est inhumain de laisser des gens dans cette situation » (transcription, aux pages 479 et 480).

[60] Interrogée sur l’effet de la séparation physique de son mari d’avec la famille, M^{me} Haj Khalil a répondu (transcription, aux pages 535 et 536):

[TRADUCTION] En fait, c’est dur pour nous tous, pas pour mes enfants, parce que je peux les voir grandir au Canada, et il

they have the papers or not, they actually, they are Canadian. It's not a paper. It's how you have been raised. They grow up in this country. They think the Canadian way. Their mind is Canadian.

To watch your kids growing up without a dad, have to take care of every single thing. Every single thing. Take them to doctors. Take them to labs, for doing, whether it's blood test, urine tests, whatever. Take them to go with them to school, for either interview with teacher or. . . This is too much for me by myself. Too much. It's not only too much for me, because I am by myself.

[61] She testified that, initially, telephone contact with her husband was once a week and she often made the calls. When Acil began to experience migraine headaches, Ms. Haj Khalil and her husband decided that he would call each morning to wake Acil for school. Consequently, the calls are now made on a daily basis. Ms. Haj Khalil stated that her husband “plays a big, big role in their life. Every problem we have, we talk to him about it” (transcript, at page 538).

[62] In discussing her medical condition, Ms. Haj Khalil was unable to say when she first felt depressed. She suggested “maybe six years, maybe seven years, maybe five years” (transcript, at page 657). She consulted a psychiatrist, Dr. Ross, in Windsor in either 2001 or 2002. She spoke of suicide with her Ottawa psychiatrist, Dr. Dimmock, but stated that she will not do it because she believes that her children still need her. She resisted taking medication because it was useless. She felt that she needed counselling, but the Ontario Health Insurance Plan (OHIP) does not cover psychologists. She said that she had been diagnosed with fibromyalgia. Her understanding was that her fibromyalgia and arthritis were the result of her stress and depression. She did not believe that there was any treatment for fibromyalgia, but the arthritis medication “gets [her] better” (transcript, at page 1366). She also said that she suffered from severe migraine headaches and did not know what brought them on. She endured panic attacks and stated that they were precipitated by interviews with immigration officers. She also had memory problems that come and go.

n'importe pas qu'ils aient les papiers ou non, puisqu'ils sont canadiens. Il ne s'agit pas de papiers, il s'agit de la manière dont on a été élevé. Ils grandissent dans ce pays. Ils pensent à la manière canadienne. Leur esprit est canadien.

Regarder ses enfants grandir sans leur père, être obligée de s'occuper d'absolument tout. Absolument tout. Les emmener chez le médecin. Les emmener au laboratoire d'analyses pour un examen du sang, des analyses d'urine, ou autre chose. Les emmener à l'école, rencontrer leur instructeur [. . .] Tout cela est trop pour moi toute seule. Trop. C'est trop pour moi, parce que je ne peux compter que sur moi-même.

[61] Elle a témoigné qu'au départ, elle communiquait par téléphone avec son mari une fois par semaine, et le plus souvent c'est elle qui appelait. Quand Acil a commencé à avoir des migraines, M^{me} Haj Khalil et son mari ont décidé que c'est lui qui appellerait chaque matin pour réveiller Acil afin qu'elle se rende à l'école. C'est pourquoi les appels ont lieu aujourd'hui chaque jour. M^{me} Haj Khalil a dit que son mari [TRADUCTION] « joue un très grand rôle dans leur vie. Chaque problème que nous avons, nous lui en parlons » (transcription, à la page 538).

[62] À propos de son état de santé, M^{me} Haj Khalil n'a pu dire à quel moment elle est tombée en dépression. Elle a dit [TRADUCTION] « peut-être il y a six ans, peut-être sept, peut-être cinq » (transcription, à la page 657). Elle a consulté un psychiatre, le D^r Ross, à Windsor, en 2001 ou 2002. Elle a invoqué le suicide avec son psychiatre d'Ottawa, le D^r Dimmock, mais elle a dit qu'elle ne passera pas aux actes parce qu'elle croit que ses enfants ont encore besoin d'elle. Elle ne voulait pas prendre des médicaments parce que c'était inutile. Elle sentait qu'elle avait besoin de conseils, mais le Régime d'assurance-maladie de l'Ontario (RAMO) ne rembourse pas les honoraires des psychologues. Elle a dit qu'on avait diagnostiqué chez elle une fibromyalgie. Elle pensait que sa fibromyalgie et son arthrite étaient le résultat de son stress et de sa dépression. Elle ne croyait pas qu'il existait un traitement pour la fibromyalgie, mais les médicaments contre l'arthrite [TRADUCTION] « [lui] font du bien » (transcription, à la page 1366). Elle a dit aussi souffrir de terribles migraines, dont elle ne connaissait pas l'origine. Elle souffrait d'attaques de panique, ajoutant qu'elles survenaient à l'approche d'entrevues avec des agents d'immigration. Elle avait aussi occasionnellement des trous de mémoire.

[63] Anmar testified that he had difficulty adjusting when he arrived in Canada. He felt different than the other children. As time went on, he realized that others had their fathers while he did not. Because Windsor was a border town, school trips and social events often involved crossing the border to Detroit. He was not able to attend because once he left the country, he did not have the required authorization to re-enter.

[64] Anmar was heavily involved in the Canadian Forces cadet program. He very much enjoyed his years as a cadet except for two occasions when the members of his corps attended functions in the United States and he was unable to accompany them. Additionally, he stated that he lost out on a summer employment opportunity because he was not a permanent resident at the time.

[65] Anmar was able to obtain part-time employment. He stated that although he got jobs, they were not the jobs that he wanted. He attributed this problem to his 900 series SIN.

[66] Anmar was a strong student during his public school days. When he entered university, he aspired to become a medical doctor. As a result of his attendance at informational seminars, he learned that the medical schools in which he was interested required applicants to be Canadian citizens or permanent residents. He attributed the decline in his marks (lower than his capability) to this knowledge.

[67] When he entered university, Anmar did not qualify for OSAP and had to borrow the money to attend school from his maternal uncle. He later repaid most of the money to his uncle with money from his father. Anmar said that he will have to repay his father when he is finished university and begins working. When OSAP became available to him, he elected not to pursue it because he would rather owe money to his family than to the government.

[68] Anmar stated that he missed having his father in his life. The telephone calls were not a substitute for physical contact. He testified that he will see his father when he attends medical school in Dubai.

[63] Anmar a témoigné qu'il avait eu du mal à s'adapter après son arrivée au Canada. Il se sentait différent des autres enfants. Avec le temps, il s'est rendu compte que les autres avaient un père alors que lui n'en avait pas. Comme Windsor est une ville frontalière, les excursions organisées par l'école ainsi que les activités sociales signifiaient souvent qu'il fallait traverser la frontière pour aller à Détroit. Il ne pouvait pas participer parce qu'une fois qu'il quittait le pays, il n'avait pas l'autorisation requise pour y revenir.

[64] Anmar était très impliqué dans le programme des cadets des Forces canadiennes. Il a beaucoup aimé les années où il fut cadet, sauf à deux occasions, lorsque les membres de son groupe se sont rendus aux États-Unis à titre officiel et qu'il n'avait pu les accompagner. Il a dit aussi qu'il avait perdu une occasion d'avoir un emploi d'été parce qu'il n'était pas à l'époque résident permanent.

[65] Anmar a pu obtenir un emploi à temps partiel. Il a dit que, même s'il a pu décrocher des emplois, ce n'était pas les emplois qu'il souhaitait. Il a imputé cette difficulté à son NAS de la série 900.

[66] Anmar fut un étudiant sérieux durant son passage à l'école publique. Lorsqu'il est entré à l'université, il souhaitait devenir médecin. Après avoir assisté à des séminaires d'information, il a appris que les facultés de médecine qui l'intéressaient n'acceptaient que les candidats qui étaient citoyens canadiens ou résidents permanents. D'après lui, c'est après avoir appris cela que ses notes se sont mises à baisser (à un niveau inférieur à ce dont il était capable).

[67] Lorsqu'il est entré à l'université, Anmar n'était pas admissible au RAFEO et il a dû emprunter l'argent requis pour poursuivre ses études à son oncle maternel. Il a plus tard presque tout remboursé à son oncle, avec l'argent de son père. Anmar a dit qu'il devra rembourser son père quand il aura quitté l'université et qu'il commencera à travailler. Lorsqu'il est devenu admissible au RAFEO, il n'y a pas eu recours parce qu'il préfère devoir de l'argent à sa famille plutôt qu'à l'État.

[68] Anmar a dit que son père lui manquait dans sa vie. Les appels téléphoniques ne pouvaient remplacer une présence physique. Il a dit qu'il verra son père lorsqu'il fréquentera la faculté de médecine à Dubaï.

[69] With respect to the applications for permanent residence, Anmar testified that, for the most part, he was not aware of the details until he was older. His mother had looked after everything and had not shared much information. He did recall discussion about severing his application and his sister's from their mother's application. He supported his mother's decision not to sever although, eventually, he and his sister did apply separately and were granted permanent resident status.

[70] Acil's testimony was similar to that of Anmar. She too had missed out on school field trips and shopping trips across the border. She knew little of the difficulty with the applications for permanent residence until recently. She was inclined to be very private and, with two exceptions, she did not discuss her situation with her friends. She had been successful in obtaining part-time employment before she was a permanent resident.

[71] She and her father have an extremely close relationship which was evident in the manner in which she described him. She stated that her father sent money and gifts from Gaza and sent her gifts of clothing when he travelled. She had plans to meet her father in Cairo over the summer. Acil expressed resentment over the fact that her father had been in Detroit when the family was in Windsor, yet, they could not see him. Acil's plans were to attend university this fall. At the time of trial, she had not yet decided on which school.

5. Delay

[72] The plaintiffs regard CIC's delay in processing their application as the foundation upon which their action rests. They point to a time line beginning with the date upon which the application was submitted in January of 1995, flowing through to the present and claim that a decision has yet to be made. That is not totally correct. While it is true that Ms. Haj Khalil does not have a decision at this time, it is not accurate to say that she has been more than 12 years without a decision. She received an inadmissibility determination on February 25, 2000.

[69] Quant aux demandes de résidence permanente, Anmar a témoigné que, pour l'essentiel, il n'en connaissait les détails que lorsqu'il était plus âgé. Sa mère s'était occupée de tout et lui en avait peu dit. Il se rappelait une discussion où il était question de séparer sa demande et celle de sa sœur de la demande de leur mère. Il appuyait la décision de sa mère de ne pas séparer les demandes mais, finalement, lui et sa sœur avaient présenté des demandes séparées et obtenu le statut de résidents permanents.

[70] Le témoignage d'Acil a été semblable à celui d'Anmar. Elle aussi n'avait pu se joindre à des sorties éducatives et à des excursions de magasinage outre-frontière. Jusqu'à récemment, elle ne savait pas grand-chose des difficultés que suscitaient les demandes de résidence permanente. Elle se confiait très peu et, sauf deux exceptions, elle n'avait pas abordé sa situation avec ses amies. Elle avait réussi à obtenir un emploi à temps partiel avant de devenir résidente permanente.

[71] Elle et son père sont très proches l'un de l'autre, ce qui est apparu évident dans la manière dont elle l'a décrit. Elle a dit que son père envoyait de l'argent et des cadeaux depuis Gaza et qu'il lui envoyait des vêtements lorsqu'il voyageait. Elle se préparait à retrouver son père au Caire au cours de l'été. Acil éprouvait du ressentiment de ce que son père se soit rendu à Détroit lorsque la famille vivait à Windsor et qu'ils n'aient pas pu le voir. Acil envisageait d'entrer à l'université cet automne. Au moment du procès, elle n'avait pas encore décidé à quelle école elle irait.

5. La lenteur de CIC à agir

[72] Les demandeurs considèrent la lenteur de CIC à étudier leurs demandes comme le fondement sur lequel repose leur action. Ils font état d'une période qui a débuté par le dépôt de leurs demandes de résidence permanente en janvier 1995 et qui s'est poursuivie jusqu'à aujourd'hui, et ils soutiennent qu'une décision n'a pas encore été rendue. Cela n'est pas tout à fait exact. Il est vrai que M^{me} Haj Khalil n'a pas encore reçu de décision, mais il n'est pas exact d'affirmer qu'elle attend une décision depuis plus de 12 ans. Une décision d'interdiction de territoire lui a été signifiée le 25 février 2000.

[73] It seems to me that the processing of Ms. Haj Khalil's application entails two discrete stages. The first stage encompasses the period from the submission of the application through to the date of Justice Gibson's order. The second stage begins with the date of Justice Gibson's order and continues through to the present. In examining the file's progression through each of these stages, I do not intend to detail the innumerable entries in the various databases nor will I refer to every inquiry, response or conversation that occurred. It is sufficient to relate how and when the file wended its way through the process.

(i) Stage One

[74] To reiterate, the application was submitted in January of 1995. It went to CPC Vegreville where the requests for background checks were initiated in a timely manner. Ms. Haj Khalil received provisional approval of her application, pending fulfillment of all legal requirements in relation to her and her dependants. The legal requirements typically include medical and criminality checks and security screening.

[75] The CSIS interview with Ms. Haj Khalil was conducted in May of 1996. CPC Vegreville informed Ms. Haj Khalil, in April of 1997, that her husband had not submitted his application. The CSIS screening brief, dated July 31, 1997, was sent to CIC Security Review. Upon its receipt, the Director (Mr. Taylor) briefly reviewed the file and noted that Ms. Haj Khalil, although likely inadmissible, could be a good candidate for ministerial relief. He expressed concern about her husband, whom he felt was perhaps more "operationally active" than Ms. Haj Khalil claimed, and transferred the file to Security Review analyst Ralph Sullivan.

[76] Meanwhile, information transmitted from the Canadian Embassy in Tel Aviv, Israel, raised questions regarding whether Ms. Haj Khalil was residing in Canada or the United States. This transmission was

[73] Il me semble que le traitement de la demande de M^{me} Haj Khalil comprend deux étapes distinctes. La première englobe la période qui va du dépôt de la demande jusqu'à la date de l'ordonnance du juge Gibson. La deuxième commence à la date de l'ordonnance du juge Gibson et se poursuit jusqu'à aujourd'hui. Dans l'examen de la progression du dossier au cours de chacune de ces étapes, je n'entends pas donner le détail des innombrables inscriptions faites dans les diverses bases de données, et je ne ferai pas non plus état de chaque demande de renseignements, chaque réponse ou chaque conversation. Il suffit de relater la manière dont le dossier a progressé, et les diverses étapes de cette progression.

i) Étape un

[74] La demande a été, je le rappelle, présentée en janvier 1995. Elle a été envoyée au CTD de Vegreville, où des vérifications d'antécédents ont été entreprises au moment opportun. M^{me} Haj Khalil a obtenu une approbation provisoire de sa demande, jusqu'à l'accomplissement de toutes les exigences juridiques se rapportant à elle-même et à ses personnes à charge. Ces exigences comprennent en général les contrôles médicaux, les vérifications du casier judiciaire et la vérification de sécurité.

[75] L'entretien du SCRS avec M^{me} Haj Khalil a eu lieu en mai 1996. Le CTD de Vegreville a informé M^{me} Haj Khalil, en avril 1997, que son mari n'avait pas présenté sa demande. Le mémoire de vérification du SCRS, daté du 31 juillet 1997, a été envoyé à la Section de l'examen sécuritaire de CIC. Dès sa réception, le directeur (M. Taylor) a brièvement passé en revue le dossier et relevé que M^{me} Haj Khalil, bien que probablement interdite de territoire, pouvait être une bonne candidate pour une dérogation ministérielle. Il a exprimé des doutes à propos de son mari, qui, pensait-il, était peut-être plus « actif sur le plan opérationnel » que voulait bien le dire M^{me} Haj Khalil, et il a transféré le dossier à Ralph Sullivan, analyste à la Section de l'examen sécuritaire.

[76] Dans l'intervalle, l'information transmise par l'ambassade du Canada à Tel-Aviv, en Israël, suscitait des interrogations sur le pays de résidence de M^{me} Haj Khalil. Était-ce le Canada ou les États-Unis?

proximate to a report received in CPC Vegreville that Ms. Haj Khalil was driving a vehicle with U.S. licence plates.

[77] Mr. Sullivan's task was to review the file in greater detail. As a result of his departure from the Department, Ms. Haj Khalil's file was transferred to analyst Diane Toikko. When Heather Weil joined the Department, the file was transferred to her. Ms. Weil reviewed the CSIS screening brief, made additional inquiries about the file, conducted independent research, provided an analysis and made a recommendation that Ms. Haj Khalil "may not make a good candidate for ministerial relief." Approximately seven months had passed since Mr. Taylor's preliminary observations. Ms. Weil's recommendation was forwarded for Mr. Taylor's approval.

[78] Once Mr. Taylor approved the recommendation, a CIC Security Review memorandum (the Weil memo) was prepared and sent to the regional office in Toronto. From there, it was forwarded to the CIC local office in Windsor. The memo included the CSIS screening brief and provided background information on terrorism. It explained the rationale for the admissibility provisions and the ministerial exemption and identified points of concern that could be resolved when Ms. Haj Khalil was interviewed in Windsor.

[79] The file arrived at the Windsor CIC office in the summer of 1998. The local office manager, Gerry Belanger, promptly reported back to Security Review that, due to backlog and summer absences from the office, he could not assign the file until September. Subsequently, the file was allocated to Kelly White, one of two senior immigration officers within the enforcement branch in Windsor. Ms. White's task was to determine whether Ms. Haj Khalil was admissible. If Ms. Haj Khalil was not, Ms. White would also include her recommendation regarding ministerial relief. In preparation for her interview with Ms. Haj Khalil, Ms. White reviewed the CIC Security Review information package and drafted a list of questions to ask of Ms. Haj Khalil.

L'information avait été transmise à peu près au moment où le CTD de Vegreville avait appris que M^{me} Haj Khalil conduisait un véhicule portant des plaques d'immatriculation des États-Unis.

[77] M. Sullivan avait pour tâche d'examiner le dossier plus en détail. Après son départ du Ministère, le dossier de M^{me} Haj Khalil fut transféré à l'analyste Diane Toikko. Lorsque Heather Weil s'est jointe au Ministère, c'est elle qui a hérité du dossier. M^{me} Weil a passé en revue le mémoire de vérification du SCRS, s'est renseignée davantage sur le dossier, a conduit une recherche indépendante, a mené une analyse et a fait une recommandation selon laquelle M^{me} Haj Khalil [TRADUCTION] « n'est peut-être pas une bonne candidate pour une dérogation ministérielle ». Environ sept mois avaient passé depuis les observations préliminaires de M. Taylor. La recommandation de M^{me} Weil a été transmise à M. Taylor pour approbation.

[78] M. Taylor a approuvé la recommandation, après quoi une note de la Section de l'examen sécuritaire de CIC (la note de M^{me} Weil) a été rédigée, puis envoyée au bureau régional de Toronto. Elle a ensuite été transmise au bureau local de CIC à Windsor. La note comprenait le mémoire de vérification du SCRS et donnait des renseignements généraux sur le terrorisme. Elle expliquait la raison d'être des dispositions en matière d'admissibilité, ainsi que la raison d'être de la dispense ministérielle, et elle indiquait les sujets de préoccupation qui pourraient être résolus lorsque M^{me} Haj Khalil se présenterait à son entrevue à Windsor.

[79] Le dossier est arrivé au bureau de CIC à Windsor à l'été de 1998. Le directeur du bureau local, Gerry Belanger, a rapidement communiqué avec la Section de l'examen sécuritaire pour lui dire qu'en raison de l'arriéré de travail et des absences du personnel durant l'été, il lui était impossible de faire examiner le dossier avant septembre. Plus tard, le dossier a été assigné à Kelly White, l'un de deux agents principaux d'immigration travaillant à la Direction générale de l'exécution des lois à Windsor. M^{me} White devait déterminer si M^{me} Haj Khalil était admissible. Si elle ne l'était pas, alors M^{me} White joindrait aussi sa recommandation concernant une dérogation ministérielle. En prévision de son entretien avec M^{me} Haj Khalil, M^{me} White a examiné la trousse d'information

[80] Ms. White conducted an interview with Ms. Haj Khalil in November of 1998 and prepared a report (the White report [above]) setting out her reasons for concluding that Ms. Haj Khalil was inadmissible. Because Ms. Haj Khalil was a Convention refugee, Ms. White recommended “no action” with respect to the inadmissibility decision, that is, the case would not be referred to an admissibility hearing (Ms. Haj Khalil would not be subject to removal from Canada). Regarding ministerial relief, Ms. White’s recommendation stated that Ms. Haj Khalil was not a good candidate at that time, but her case should be reviewed in the future. The White report required the concurrence of Ms. White’s supervisor before it became final. Ms. White’s decision and recommendation were communicated to Security Review in Ottawa. Security Review received the report in February of 1999.

[81] Because the Weil memo indicated that it was not Ms. White’s role to advise Ms. Haj Khalil of the opportunity to seek ministerial relief, Ms. White did not so advise Ms. Haj Khalil. However, when Ms. Haj Khalil appeared at the Windsor CIC office the day following the interview and provided documents relating to her establishment in Canada, Ms. White included the documents in her package to Security Review.

[82] In January of 1999, the Haj Khalil file at CIC Security Review had been transferred from Ms. Weil back to Ms. Toikko. Office protocol dictated that the analyst with carriage of the file would review the admissibility report (which included the ministerial relief recommendation) and indicate whether the analyst concurred with the findings. Then, the admissibility report was presented to the Director of Security Review. At the time, Mr. Brian Foley was temporarily replacing Mr. Taylor.

[83] Ms. Haj Khalil, not having received a copy of the White report, made a request under the *Privacy Act*,

de la Section de l’examen sécuritaire de CIC et préparé une liste de questions à poser à M^{me} Haj Khalil.

[80] M^{me} White a mené son entrevue avec M^{me} Haj Khalil en novembre 1998, puis rédigé un rapport (le rapport de M^{me} White [ci-dessus]) indiquant les raisons qu’elle avait de conclure que M^{me} Haj Khalil était interdite de territoire. Comme M^{me} Haj Khalil était une réfugiée au sens de la Convention, M^{me} White a recommandé que sa décision d’interdiction de territoire ne soit suivie d’aucune mesure, c’est-à-dire que le dossier ne soit pas renvoyé pour enquête (aucune mesure de renvoi du Canada ne serait prononcée contre M^{me} Haj Khalil). S’agissant de la dispense ministérielle, M^{me} White écrivait dans sa recommandation que M^{me} Haj Khalil n’était pas une bonne candidate à l’époque, mais que son cas devrait être réexaminé plus tard. Le rapport de M^{me} White requérait l’assentiment du surveillant de M^{me} White avant qu’il devienne définitif. La décision et la recommandation de M^{me} White ont été communiquées à la Section de l’examen sécuritaire à Ottawa. La Section a reçu le rapport en février 1999.

[81] Comme la note de M^{me} Weil mentionnait qu’il n’appartenait pas à M^{me} White d’informer M^{me} Haj Khalil de la possibilité pour elle de demander une dispense ministérielle, M^{me} White n’en a pas informé M^{me} Haj Khalil. Cependant, lorsque M^{me} Haj Khalil s’est présentée au bureau de CIC à Windsor le lendemain de l’entrevue et a présenté les documents se rapportant à son niveau d’établissement au Canada, M^{me} White a inclus les documents en question dans la trousse qu’elle a envoyée à la Section de l’examen sécuritaire.

[82] En janvier 1999, le dossier de M^{me} Haj Khalil à la Section de l’examen sécuritaire de CIC avait été transféré à nouveau de M^{me} Weil à M^{me} Toikko. Selon le protocole du bureau, l’analyste chargé du dossier devait revoir le rapport concernant l’admissibilité (rapport qui comprenait la recommandation touchant la dispense ministérielle) et dire s’il souscrivait aux conclusions. Ensuite, le rapport concernant l’admissibilité était présenté au directeur de la Section de l’examen sécuritaire. À l’époque, M. Brian Foley remplaçait temporairement M. Taylor.

[83] M^{me} Haj Khalil, qui n’avait pas reçu copie du rapport de M^{me} White, a présenté une demande en vertu

R.S.C., 1985, c. P-21 in relation to her CIC records. This request “hampered” Ms. Toikko’s ability to deal with the White report and resulted in a six-month delay of Ms. Toikko’s response to the White report. Ms. Toikko indicated her concurrence in July of 1999 and Mr. Foley’s opinion was obtained approximately one month later. In August of 1999, Ms. Toikko communicated to Ms. White that Security Review agreed with her recommended course of action. Ms. White was instructed to advise CIC Security Review when the application for landing was formally refused. Ms. Toikko indicated that Ms. White could contact her if she required assistance in the preparation of the refusal letter.

[84] In November of 1999, Ms. White forwarded a draft refusal letter for Ms. Toikko’s review. In December of that year, the file within Security Review was transferred from Ms. Toikko to analyst Audrey Mitchell. Ms. Mitchell consulted with Legal Services regarding the refusal letter. Minor modifications were suggested. The changes were transmitted to Ms. White and she issued the final refusal letter to Ms. Haj Khalil in February of 2000.

[85] Since neither Ms. Haj Khalil nor her counsel had requested ministerial exemption (in the event of an inadmissibility finding), and since the White report contained an inadmissibility determination and a negative recommendation regarding ministerial relief with which CIC Security Review agreed, no Security Review memorandum was prepared. Had the Security Review analyst and Director disagreed with Ms. White’s recommendation regarding ministerial relief, a Security Review memo recommending ministerial exemption would have been prepared and forwarded up the chain of command to the Minister.

[86] Ms. Haj Khalil filed an application for leave and judicial review of the White “inadmissibility” decision. In July of 2000, Mr. Taylor requested an update on Ms. Haj Khalil from CSIS. As noted earlier in “The Chronology” portion of these reasons, in November of 2001, Mr. Justice Gibson allowed Ms. Haj Khalil’s application for judicial review.

de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, pour obtenir communication de ses dossiers de CIC. Cette demande « a entravé » l’aptitude de M^{me} Toikko à donner suite au rapport de M^{me} White et retardé de six mois la réponse de M^{me} Toikko au rapport de M^{me} White. M^{me} Toikko a donné son accord en juillet 1999 et l’avis de M. Foley a été obtenu environ un mois plus tard. En août 1999, M^{me} Toikko a fait savoir à M^{me} White que la Section de l’examen sécuritaire souscrivait à la ligne de conduite qu’elle recommandait. Elle priait M^{me} White d’informer la Section lorsque la demande de droit d’établissement serait officiellement refusée. M^{me} Toikko a indiqué à M^{me} White qu’elle pouvait communiquer avec elle si elle avait besoin d’aide dans la rédaction de la lettre de refus.

[84] En novembre 1999, M^{me} White a transmis un projet de lettre de refus à M^{me} Toikko pour examen. En décembre de cette année-là, le dossier de la Section de l’examen sécuritaire fut transféré de M^{me} Toikko à l’analyste Audrey Mitchell. M^{me} Mitchell a consulté les Services juridiques à propos de la lettre de refus. Des modifications mineures ont été proposées. Elles ont été communiquées à M^{me} White, et celle-ci a envoyé la lettre finale de refus à M^{me} Haj Khalil en février 2000.

[85] Puisque ni M^{me} Haj Khalil ni son avocat n’avaient demandé une dispense ministérielle (dans l’éventualité d’une conclusion d’interdiction de territoire), et puisque le rapport de M^{me} White contenait une décision d’interdiction de territoire et une recommandation de non-dérogation ministérielle, décision et recommandation auxquelles avait souscrit la Section de l’examen sécuritaire de CIC, la Section n’a rédigé aucune note. Si l’analyste et le directeur de la Section avaient été en désaccord avec la recommandation de M^{me} White concernant la dérogation ministérielle, une note de la Section recommandant la dispense ministérielle aurait été rédigée et aurait remonté la voie hiérarchique jusqu’au ministre.

[86] M^{me} Haj Khalil a déposé une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’encontre de la décision d’« interdiction de territoire » rendue par M^{me} White. En juillet 2000, M. Taylor a prié le SCRS de lui envoyer une mise à jour sur le dossier de M^{me} Haj Khalil. Comme je l’ai dit plus haut dans la partie « Chronologie » des présents motifs, le juge Gibson a

[87] Throughout this time frame, Ms. Haj Khalil and her counsel made several inquiries of CIC officials regarding the progress of the application. Letters of inquiry were sent to CIC officials by her local Member of Parliament, the Honourable Herb Gray. In one or two instances, the responses provided by CIC officials turned out to be incorrect. Generally, the inquiries during this period were accompanied by timely and appropriate responses.

[88] The processing time for Ms. Haj Khalil's application (from January of 1995 until she received the White report in March of 2000) appears protracted. The question is whether the time frame was unreasonable, inordinate or inexcusable. While I consider the processing time to be at the outer edge of the range, I do not find that it crosses the line into the realm of unreasonable, inordinate or inexcusable.

[89] The context is important. Security Review and the local offices had no choice but to operate within the resources put at their disposal. The timing of Ms. Haj Khalil's application coincided with the shift in focus from counter-intelligence and counter-surveillance to counter-terrorism. This represented new territory for Security Review and local office personnel. Applications for permanent residence, absent concerns, were normally processed in approximately one year.

[90] Mr. Taylor explained that cases that were "geographically complex," that is, cases involving applicants who had lived in various countries and had dependants who lived in various countries tended to take more time to review. In Ms. Haj Khalil's case, she had lived in Syria, Lebanon and Tunisia, as had her husband. Additionally, her husband was, or had been, in France and Gaza.

[91] There were indications of concern with respect to Ms. Haj Khalil's residence, specifically whether she was

fait droit en novembre 2001 à la demande de contrôle judiciaire présentée par M^{me} Haj Khalil.

[87] Tout au long de cette période, M^{me} Haj Khalil et son avocat ont communiqué plusieurs fois avec les fonctionnaires de CIC pour savoir où en était la demande de résidence permanente. Des lettres ont été envoyées aux fonctionnaires de CIC par le député de sa circonscription, M. Herb Gray. Dans un ou deux cas, les réponses données par les fonctionnaires de CIC se sont révélées inexactes. En général, les demandes de renseignements faites durant cette période ont été suivies de réponses opportunes et satisfaisantes.

[88] Le temps du traitement de la demande de M^{me} Haj Khalil (de janvier 1995 jusqu'à ce qu'elle reçoive le rapport de M^{me} White en mars 2000) semble très long. La question est de savoir si ce temps était déraisonnable, excessif ou inexcusable. Je trouve que le temps du traitement atteint la limite supérieure de la fourchette, mais je ne crois pas qu'il franchit la ligne au point de devenir déraisonnable, excessif ou inexcusable.

[89] Le contexte a son importance. La Section de l'examen sécuritaire et les bureaux locaux n'avaient d'autre choix que d'accomplir leurs tâches en fonction des ressources mises à leur disposition. L'époque à laquelle M^{me} Haj Khalil a déposé sa demande a coïncidé avec le recentrage des activités, qui sont passées du contre-renseignement et de la contre-surveillance à la lutte contre le terrorisme. C'était là pour la Section de l'examen sécuritaire et pour les fonctionnaires des bureaux locaux un nouveau territoire. Les demandes de résidence permanente, hormis les cas difficiles, étaient généralement traitées en une année environ.

[90] M. Taylor a expliqué que les cas qui étaient « géographiquement complexes », c'est-à-dire les cas de candidats qui avaient vécu dans divers pays et avaient des personnes à charge qui vivaient dans divers pays, prenaient en général plus de temps à étudier. Dans le cas de M^{me} Haj Khalil, elle avait vécu en Syrie, au Liban et en Tunisie, de même que son mari. En outre, son mari était, ou avait été, en France et à Gaza.

[91] Le lieu de résidence de M^{me} Haj Khalil semblait susciter un doute, en particulier la question de savoir si

residing in Canada or the United States. These concerns prompted investigations.

[92] Ms. White testified about her wide variety of responsibilities. These included: conducting interviews with potentially inadmissible individuals; dealing with violations of the Act; dealing with refugee eligibility claim processing; escorting people out of the country; responding to field calls and engaging in field investigations. The Windsor local CIC office was responsible for a geographical area that extended to Grand Bend, including Sarnia. The officers carried pagers after hours.

[93] The operational requirements of the Windsor office prevented the Khalil matter from being dealt with over the summer months. The inexperience of both senior immigration officers in relation to security cases compounded the two-month delay. Ms. White, having had no previous involvement in such cases, learned that a training course was scheduled for the fall of 1998. She elected to postpone Ms. Khalil's interview until she (Ms. White) had obtained the benefit of the training that was offered in October. She interviewed Ms. Haj Khalil the following month (November). Her determination was forwarded to Security Review within two and a half months of the interview.

[94] The departmental policy of the day precluded notification of negative determinations to applicants (until completion of the assessment regarding potential ministerial relief). The former editor (a witness at the trial) obtained permanent residence because he was granted ministerial exemption without ever knowing that he had been determined inadmissible. In Ms. Haj Khalil's case, however, the recommendation for ministerial relief was negative. Mr. Taylor concurred with the analyst's view that there were concerns about Ms. Haj Khalil's credibility, her associations (past and current) and her husband's activities. There were also "establishment issues" (including her reliance on social assistance since her arrival in Canada). A positive recommendation was considered inappropriate at the time.

elle résidait au Canada ou aux États-Unis. Ce doute a donné lieu à des enquêtes.

[92] M^{me} White a témoigné au sujet de ses multiples responsabilités. Elle devait notamment mener des entrevues avec des personnes susceptibles d'être déclarées interdites de territoire, gérer les manquements à la Loi, s'occuper du traitement des demandes d'admissibilité au statut de réfugié, escorter des personnes hors du pays, répondre à des convocations et entreprendre des enquêtes sur le terrain. Le bureau local de CIC à Windsor desservait une zone géographique qui s'étendait jusqu'à Grand Bend, y compris Sarnia. Les agents portaient sur eux des téléavertisseurs après les heures de fermeture des bureaux.

[93] Les nécessités du service au bureau de Windsor ont fait que le dossier de M^{me} Haj Khalil n'a pu être traité durant les mois d'été. L'inexpérience des deux agents d'immigration principaux dans les dossiers touchant la sécurité est venue allonger ce retard de deux mois. M^{me} White, n'ayant jamais eu affaire à des cas semblables auparavant, a appris qu'un cours de formation était prévu à l'automne de 1998. Elle a décidé de reporter l'entrevue de M^{me} Haj Khalil afin de pouvoir profiter de la formation qui était offerte en octobre. Son entrevue avec M^{me} Haj Khalil a eu lieu le mois suivant (en novembre). Sa décision a été transmise à la Section de l'examen sécuritaire dans les deux mois et demi qui ont suivi l'entrevue.

[94] La politique ministérielle du moment faisait que les décisions défavorables ne pouvaient pas être notifiées aux candidats (tant que n'était pas achevée l'évaluation touchant une possible dérogation ministérielle). L'ancien rédacteur (un témoin au procès) a obtenu la résidence permanente parce qu'il a bénéficié d'une dispense ministérielle, sans jamais savoir qu'il avait été déclaré interdit de territoire. Dans le cas de M^{me} Haj Khalil, cependant, la recommandation de dérogation ministérielle était défavorable. M. Taylor a souscrit à l'opinion de l'analyste selon laquelle il subsistait des doutes à propos de la crédibilité de M^{me} Haj Khalil, de ses accointances (passées et actuelles) et des activités de son mari. Il y avait aussi des « questions de niveau d'établissement » (notamment son recours à l'aide sociale depuis son arrivée au Canada). Une recommandation favorable était jugée inopportune à l'époque.

[95] Mr. Taylor was the Director of Security Review until May of 2002. He is now retired. He was an impressive witness who explained that “unsuitability” could change within a “couple of years.” His approach was to “keep the door open” and allow an applicant such as Ms. Haj Khalil more time in Canada to enable her to better establish herself and explain the discrepancies. Also, time enabled Security Review to gain additional information about her associations and her husband’s activities. In Mr. Taylor’s words, Canada doesn’t “want to keep people in limbo any longer than necessary.” His philosophy prompted him to request a CSIS update in July of 2000 in order to initiate a further review of Ms. Haj Khalil’s file. Mr. Taylor also testified that it was not unusual for an inadmissibility and potential ministerial exemption case to take three to five years to process.

[96] There were periods of delay that probably should not have occurred. The file appears to have been shuffled from analyst to analyst at CIC Security Review. However, viewed in totality, and given the policies and practices of the time coupled with the resources available, I do not find the process to have been so hampered that I would characterize the delay as unreasonable, inordinate, or inexcusable. The time frame, in the circumstances, does not offend the community’s sense of decency and fairness.

[97] As for the application for leave and judicial review in the Federal Court, it took 11 months for leave to be granted. The Court, as well, was operating on limited resources. Judicial positions that had been allocated had not been filled at that time and there existed a shortage of judges to adjudicate on the large backlog of leave applications. The delay, regrettably, was unavoidable.

[98] Notably, Justice Gibson allowed the application for judicial review and denied Ms. Haj Khalil’s request for a hearing on the basis that the issue was moot. In so doing, he provided an analysis and his reasons reveal that he considered the arguments advanced by Ms. Haj

[95] M. Taylor a été le directeur de la Section de l’examen sécuritaire jusqu’en mai 2002. Il est maintenant à la retraite. Il fut un témoin impressionnant, qui a expliqué que, si un candidat n’avait pas le profil requis, il pouvait l’avoir [TRADUCTION] « quelques années plus tard ». Sa méthode consistait à « garder la porte ouverte » et à laisser à une candidate telle que M^{me} Haj Khalil davantage de temps au Canada pour lui permettre de mieux s’établir et d’expliquer les contradictions. De plus, le temps permettait à la Section de l’examen sécuritaire d’obtenir des renseignements complémentaires sur ses accointances et sur les activités de son mari. Selon les mots de M. Taylor, le Canada ne « souhaite pas garder les gens en suspens plus longtemps que nécessaire ». Sa manière de voir les choses l’avait incité à demander une mise à jour au SCRS en juillet 2000 afin de pouvoir entreprendre un nouvel examen du dossier de M^{me} Haj Khalil. M. Taylor a aussi témoigné qu’il n’était pas inhabituel qu’il faille de trois à cinq ans pour traiter un dossier d’interdiction de territoire et de possible dispense ministérielle.

[96] Il y a eu des lenteurs qui probablement n’auraient pas dû se produire. Le dossier semble avoir été renvoyé d’un analyste à un autre, à la Section de l’examen sécuritaire de CIC. Cependant, si je considère l’ensemble de la situation, et compte tenu des politiques et pratiques de l’époque, ce à quoi s’ajoute la question des ressources disponibles, je ne crois pas que le processus ait été entravé au point que je doive qualifier le retard de déraisonnable, excessif ou inexcusable. La lenteur dont il s’agit ici ne heurte pas la décence et l’équité.

[97] Pour ce qui est de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale, il a fallu 11 mois avant que l’autorisation soit accordée. La Cour elle-même fonctionnait avec des ressources restreintes. Les postes de juge qui avaient été créés n’avaient pas été pourvus à l’époque et il y avait pénurie de juges pour statuer sur l’impressionnant arriéré des demandes d’autorisation. Le retard, bien que regrettable, était inévitable.

[98] Fait à noter, le juge Gibson a accepté la demande de contrôle judiciaire et rejeté la demande d’audition présentée par M^{me} Haj Khalil, parce que l’instance était devenue théorique. Il a fait pour cela une analyse, et ses motifs montrent qu’il a tenu compte des arguments

Khalil. Indeed, Justice Gibson specifically directed that the redetermination was to be made on the basis of “open information” (the White report included classified information). It is, in my view, reasonable to infer that Justice Gibson did not consider that the delay had been excessive or inordinate at that time. Were it otherwise, his reasons, in all likelihood, would have so indicated.

[99] All of which is to say that I do not find that the delay during the first stage was unreasonable or inordinate.

(ii) Stage Two

[100] The second stage (starting on November 16, 2001) began in the aftermath of September 11th and the Ahmed Ressay case. Mr. Taylor completed his term as Director of Security Review in May of 2002 and was replaced by Kathleen O’Brien. Ms. O’Brien, after one year, was replaced by Mr. Louis Dumas in May of 2003.

[101] As noted earlier, Ms. Haj Khalil’s counsel demanded that the application be determined within two weeks. The matter was assigned to Mr. John Swizawski, senior immigration officer, in the Windsor CIC local office. He was tasked with reviewing the file (which no longer included the CSIS screening brief and the Weil memo) and reinterviewing Ms. Haj Khalil to determine her admissibility to Canada. Mr. Swizawski immediately informed his supervisor in Windsor that he could not comply with the requested time frame. CIC counsel responded to Ms. Haj Khalil’s counsel’s correspondence and indicated that the file would be expedited, but could not be finalized within two weeks.

[102] Mr. Swizawski received revised instructions on determining admissibility along with “open source” information on the PLO and its constituent groups from Security Review analyst Roseanne Da Costa. In addition to reviewing the information provided to him, Mr. Swizawski conducted his own Internet research on the PLO. In preparation for his interview with Ms. Haj Khalil, Mr. Swizawski drafted questions and

invoqués par M^{me} Haj Khalil. Le juge Gibson a d’ailleurs explicitement ordonné que le nouvel examen du dossier soit fait sur la base d’une « information ouverte » (le rapport de M^{me} White comprenait des renseignements secrets). Il est selon moi raisonnable d’en déduire que le juge Gibson n’a pas trouvé que le temps avait été excessif ou injustifié à l’époque. S’il en avait été autrement, ses motifs en auraient tout probablement fait état.

[99] En définitive, je ne crois pas que le temps écoulé durant la première étape fut déraisonnable ou injustifié.

ii) Étape deux

[100] L’étape deux (qui a débuté le 16 novembre 2001) a commencé dans le sillage des événements du 11 septembre et de l’affaire Ahmed Ressay. M. Taylor a terminé son mandat de directeur de la Section de l’examen sécuritaire en mai 2002 et il a été remplacé par Kathleen O’Brien. Au bout d’un an, M^{me} O’Brien fut remplacée par M. Louis Dumas, en mai 2003.

[101] Comme je l’ai dit plus haut, l’avocate de M^{me} Haj Khalil voulait que la demande soit traitée dans un délai de deux semaines. Le dossier a été assigné à M. John Swizawski, agent principal d’immigration au bureau local de CIC à Windsor. Il devait revoir le dossier (qui ne contenait plus le mémoire de vérification du SCRS ni la note de M^{me} Weil) et avoir une nouvelle entrevue avec M^{me} Haj Khalil pour déterminer si elle était admissible au Canada. M. Swizawski a immédiatement informé son surveillant, à Windsor, qu’il lui serait impossible de respecter le délai fixé. L’avocat de CIC a répondu à la lettre de l’avocate de M^{me} Haj Khalil en lui disant que le dossier serait étudié rapidement, mais qu’une décision finale ne pourrait pas être rendue dans un délai de deux semaines.

[102] M. Swizawski a reçu, de l’analyste de la Section de l’examen sécuritaire, Roseanne Da Costa, des directives révisées sur la manière de statuer sur l’admissibilité, ainsi que de l’information « de source ouverte » concernant l’OLP et les groupes qui la composent. Non seulement M. Swizawski a-t-il passé en revue l’information qu’on lui avait remise, mais il a effectué sa propre recherche Internet sur l’OLP. En

requested that Ms. Da Costa review them before the scheduled interview.

[103] By this time, Security Review had become part of the newly-created Intelligence Branch. The protocol for local immigration officers regarding ministerial exemption had become more formalized. The details in this respect have been discussed elsewhere in these reasons.

[104] Mr. Swizawski interviewed Ms. Haj Khalil on March 1, 2002. On June 3rd, Ms. Haj Khalil's counsel's written submissions asserted that Ms. Haj Khalil was not inadmissible and requested, in the alternative, that she be considered for ministerial relief. On July 31, 2002, Mr. Swizawski determined that Ms. Haj Khalil was inadmissible. Mr. Swizawski was not certain that he had authority to "deal with" the ministerial relief (to make a recommendation) but he understood that he could put forward information from Ms. Haj Khalil on this issue to CIC Security Review. Ms. Haj Khalil's request for a copy of Mr. Swizawski's report was met with the response that she could access it through a formal privacy request.

[105] Upon receipt of Mr. Swizawski's report, analyst Da Costa prepared Security Review's memorandum regarding ministerial relief (the Da Costa memo). The Da Costa memo was completed in September, transferred to Brian Foley who finalized it in December and placed it before Director O'Brien for approval in December of 2002. The memo was not forwarded through the chain of command to the Minister because the ministerial directive regarding the structure of memoranda from the three different units of the Intelligence Branch had issued and all memoranda were held back. During the review period, Security Review continued its preparation of memoranda in the expectation that analysts would simply amend them once the review process was completed.

[106] During Ms. O'Brien's tenure, due to September 11th, an increased focus on national security and "border

prévision de son entrevue avec M^{me} Haj Khalil, M. Swizawski a préparé des questions et a prié M^{me} Da Costa de les revoir avant la date prévue pour l'entrevue.

[103] La Section de l'examen sécuritaire était alors devenue partie intégrante de la nouvelle Direction générale du renseignement. Le protocole que devaient appliquer les agents locaux d'immigration concernant les dispenses ministérielles était devenu plus formel. Les détails de ce protocole ont été exposés ailleurs dans les présents motifs.

[104] M. Swizawski a interviewé M^{me} Haj Khalil le 1^{er} mars 2002. Le 3 juin, dans ses prétentions écrites, l'avocate de M^{me} Haj Khalil affirmait que sa cliente n'était pas interdite de territoire et, subsidiairement, elle souhaitait qu'elle obtienne une dérogation ministérielle. Le 31 juillet 2002, M. Swizawski a conclu que M^{me} Haj Khalil était interdite de territoire. Il n'était pas certain d'être habilité à « traiter » de la dérogation ministérielle (c'est-à-dire à faire une recommandation), mais il pensait qu'il pouvait présenter à la Section de l'examen sécuritaire de CIC l'information en la matière fournie par M^{me} Haj Khalil. M^{me} Haj Khalil a demandé d'obtenir le rapport de M. Swizawski, mais on lui a répondu qu'elle pouvait l'obtenir en présentant, dans les formes, une demande d'accès à ses renseignements personnels.

[105] Après avoir reçu le rapport de M. Swizawski, l'analyste Da Costa a rédigé la note de la Section de l'examen sécuritaire sur la dérogation ministérielle (la note de M^{me} Da Costa). La note de M^{me} Da Costa a été achevée en septembre, puis transmise à Brian Foley, qui l'a mise en forme finale en décembre 2002, pour la soumettre le même mois à l'approbation de la directrice O'Brien. La note n'a pas remonté la voie hiérarchique jusqu'au ministre parce que la directive ministérielle sur l'organisation des notes venant des trois sections de la Direction générale du renseignement avait été adoptée et que toutes les notes étaient suspendues. Durant la période de réexamen, la Section de l'examen sécuritaire a continué de rédiger des notes en pensant que les analystes se contenteraient de les modifier une fois achevé le processus de réexamen.

[106] Durant le mandat de M^{me} O'Brien, en raison des événements du 11 septembre, le travail de la Section de

pressure” characterized the work at Security Review. Processing priorities included the admissibility determinations of persons posing an immediate risk to national security, security certificate files, and visitor visa applications, in that order.

[107] Ms. Haj Khalil’s counsel twice requested information regarding the status of her application during this period. The evidence indicates that, in response to an inquiry from Mr. Swizawski, he (Mr. Swizawski) was informed that the memo for the Minister had been prepared but would be submitted only when the review process had been completed.

[108] When Mr. Dumas replaced Ms. O’Brien as Director of Security Review, he immediately set about addressing the backlog of files. First, he directed that an inventory be taken. This process took several months. Upon ascertaining that there were 1064 admissibility files (which required analysts to comment on CSIS screening briefs before forwarding their memos to local CIC offices) and 120 ministerial relief memos (which had been placed on hold during the review process) Mr. Dumas decided to prioritize the admissibility files and “park” the ministerial relief files.

[109] The unit first focussed its attention on clearing approximately 600 files for which the CSIS screening briefs indicated little information to conclude that the individuals in question were inadmissible. The rationale underlying this decision was that it would facilitate the landing of these people and avoid further delays in the processing of admissibility files. Then, the unit turned to the roughly 400 files where the CSIS screening briefs contained sufficient information that immigration officers might reasonably conclude that the persons in question were inadmissible to Canada. Incoming admissibility files would be processed in “real time”. Upon completion of its work in relation to these 1000 or so files, Security Review would then turn its attention to the 120 ministerial relief applications in the backlog.

l’examen sécuritaire fut caractérisé par l’importance accrue accordée à la sécurité nationale et aux « pressions à la frontière ». Les priorités de traitement étaient, dans l’ordre, les décisions relatives à l’admissibilité de personnes posant un risque immédiat pour la sécurité nationale, les dossiers des certificats de sécurité, enfin les demandes de visas de visiteurs.

[107] Deux fois durant cette période, l’avocate de M^{me} Haj Khalil s’est informée de l’état de la demande de sa cliente. La preuve montre qu’en réponse à une demande de renseignements de M. Swizawski, celui-ci fut informé que la note destinée au ministre avait été rédigée, mais qu’elle ne serait présentée qu’après l’achèvement du processus de réexamen.

[108] Lorsque M. Dumas vint remplacer M^{me} O’Brien au poste de directeur de la Section de l’examen sécuritaire, il s’est immédiatement attaché à réduire l’arriéré de dossiers. Il a ordonné d’abord que les dossiers en cause soient répertoriés. Ce travail a nécessité plusieurs mois. Constatant qu’il y avait 1 064 dossiers d’admissibilité (pour lesquels les analystes devaient s’exprimer sur les mémoires de vérification du SCRS avant de transmettre leurs notes aux bureaux locaux de CIC) et 120 notes portant sur des dérogations ministérielles (notes qui avaient été mises en attente durant le processus de réexamen), M. Dumas a décidé de donner la priorité aux dossiers d’admissibilité et de mettre en sommeil les dossiers de dérogation ministérielle.

[109] La Section s’est d’abord appliquée à liquider environ 600 dossiers à propos desquels les mémoires de vérification du SCRS renfermaient peu de renseignements permettant de dire que les intéressés étaient interdits de territoire. Cette décision se justifiait par le fait qu’elle faciliterait l’établissement de ces personnes et permettrait d’éviter d’autres retards dans le traitement des dossiers d’admissibilité. La Section s’est ensuite consacrée aux quelque 400 dossiers où les mémoires de vérification du SCRS contenaient suffisamment de renseignements d’après lesquels les agents d’immigration pouvaient raisonnablement conclure que les personnes en cause étaient interdites de territoire. Les nouveaux dossiers d’admissibilité seraient traités en « temps réel ». À l’achèvement de son travail

[110] Curiously, by correspondence dated October 3, 2003, in response to a query from Ms. Haj Khalil's counsel, an official signing for Mr. Dumas, indicated that Ms. Haj Khalil's "submissions and our recommendations are presently before the Minister of Citizenship and Immigration, Denis Coderre, for decision. Unfortunately, we are not able to provide you with an estimated time frame when a decision will be rendered" (Exhibit P-76). Mr. Dumas testified that the information in the correspondence was erroneous for the Haj Khalil matter had not been forwarded to the Minister.

[111] In November of 2003, Mr. Dumas asked CIC Security Review analyst Lara Oldford to provide him with a "short synopsis" of the Haj Khalil file. The Oldford response explained that the Da Costa memo, prepared in September of 2002, had never been placed before the Minister because of the Minister's request for review of the memoranda. Ms. Oldford indicated that the memo was ready for signature and recommended that the memo be sent up through the chain of command.

[112] In December of 2003, the CBSA was created. The developments and consequences in this regard have been discussed earlier under "The Departmental Protocol" section of these reasons.

[113] In the spring, Security Review began to address the 120 ministerial relief applications and the first ministerial relief memo went to the Minister in May of 2004. The new IP 10 guidelines were in use. Near the end of June of 2004, Lara Oldford (now Lara Armit) penned a memo explaining that the new guidelines and procedures surrounding the ministerial relief process mandated an updated assessment of the Haj Khalil file. In May, Ms. Armit drafted a new memo with respect to Ms. Haj Khalil's application.

[114] In January of 2006, Security Review (now Counter-Terrorism) produced yet another memo with

portant sur ce millier de dossiers, la Section de l'examen sécuritaire ferait alors porter son attention sur les 120 demandes de dérogation ministérielle comprises dans l'arriéré.

[110] Curieusement, dans une lettre datée du 3 octobre 2003 en réponse à une demande de renseignements de l'avocate de M^{me} Haj Khalil, un fonctionnaire qui signait la lettre au nom de M. Dumas écrivait que [TRADUCTION] « les prétentions de M^{me} Haj Khalil ainsi que nos recommandations ont été soumises au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, M. Denis Coderre, pour décision. Malheureusement, il nous est impossible de vous dire à quel moment une décision sera rendue » (pièce P-76). M. Dumas a témoigné que l'information figurant dans la correspondance était erronée car le dossier de M^{me} Haj Khalil n'avait pas été transmis au ministre.

[111] En novembre 2003, M. Dumas a prié l'analyste Lara Oldford, de la Section de l'examen sécuritaire de CIC, de lui faire un « bref résumé » du dossier de M^{me} Haj Khalil. Dans sa réponse, M^{me} Oldford a expliqué que la note de M^{me} Da Costa, rédigée en septembre 2002, n'avait jamais été soumise au ministre parce que celui-ci avait demandé le réexamen des notes. M^{me} Oldford a dit que la note était prête à être signée et a recommandé qu'elle remonte la voie hiérarchique.

[112] En décembre 2003, on a créé l'ASFC. L'effet de la mise sur pied de ce nouvel organisme a été examiné plus haut, dans la section des présents motifs intitulée « Le protocole ministériel ».

[113] Au printemps, la Section de l'examen sécuritaire a commencé l'examen des 120 demandes de dérogation ministérielle, et la première note en la matière a été soumise au ministre en mai 2004. Les nouvelles lignes directrices IP 10 étaient appliquées. Vers la fin de juin 2004, Lara Oldford (qui s'appelait désormais Lara Armit) a écrit une note dans laquelle elle expliquait que les nouvelles lignes directrices et procédures entourant le processus de dérogation ministérielle exigeaient une nouvelle évaluation du dossier de M^{me} Haj Khalil. En mai, M^{me} Armit a rédigé une nouvelle note portant sur la demande de M^{me} Haj Khalil.

[114] En janvier 2006, la Section de l'examen sécuritaire (qui désormais était la Division de la lutte

respect to Ms. Haj Khalil's request for ministerial relief. This memo (the Zangari memo) was disclosed to Ms. Haj Khalil and she replied in February. Her response noted inaccuracies in the memo. Counter-Terrorism decided to correct the errors and "re-disclose" to Ms. Haj Khalil before forwarding the memo to the Minister. The revised Zangari memo was disclosed in August. Counsel requested additional time to reply. At the end of October, Counter-Terrorism notified Ms. Haj Khalil that it was in receipt of new information concerning her file and that another revised memo would be forthcoming. Counter-Terrorism recommended that Ms. Haj Khalil wait until its analysts had an opportunity to complete the revision before tendering additional submissions. In January of 2007, a further revised Zangari memo was disclosed to Ms. Haj Khalil.

[115] Mr. Dumas was appointed the Director of National Security at CBSA in October of 2006. Brian Foley replaced him as Manager of Counter-Terrorism. Although it is not evident from the record when a decision to render a new determination on Ms. Haj Khalil's admissibility was taken, it is clear that someone decided that the Swizawski determination was "stale-dated" and a new admissibility determination would be necessary. At the time of trial, the new admissibility determination remained outstanding. Ms. Haj Khalil's file had not been placed before the Minister of Public Safety because of Counter-Terrorism's desire to draft a new memo if and when Ms. Haj Khalil is determined inadmissible. It is not clear to me whether, as a result of the cross-examination of Mr. Dumas, Ms. Haj Khalil intends to reply to the existing memo in an effort to have the matter forwarded to the Minister before the new admissibility determination is provided to her.

[116] It seems to be stating the obvious to say that the delay during stage two has been inordinate and unreasonable. However, that may not be so for the entire time frame. In fairness, there was significant apprehension and anxiety throughout the country in the aftermath of September 11th. Security Review was inundated and its volume increased to the point where, as

contre le terrorisme) générait encore une autre note à propos de la demande de dérogation ministérielle de M^{me} Haj Khalil. Cette note (la note de M. Zangari) fut communiquée à M^{me} Haj Khalil, laquelle y a répondu en février. Sa réponse faisait état d'inexactitudes dans la note. La Division de la lutte contre le terrorisme a décidé de corriger les erreurs et de communiquer à nouveau la note à M^{me} Haj Khalil avant de la transmettre au ministre. La note révisée de M. Zangari fut communiquée en août. L'avocate de M^{me} Haj Khalil a demandé un délai supplémentaire pour y répondre. À la fin d'octobre, la Division de la lutte contre le terrorisme informait M^{me} Haj Khalil qu'elle avait reçu de nouvelles informations concernant son dossier et qu'une autre note révisée lui serait envoyée. La Division de la lutte contre le terrorisme a recommandé à M^{me} Haj Khalil d'attendre que ses analystes aient la possibilité de rédiger la nouvelle note avant qu'elle ne soumette d'autres observations. En janvier 2007, une autre note révisée de M. Zangari a été communiquée à M^{me} Haj Khalil.

[115] M. Dumas a été nommé directeur général de la Sécurité nationale, à l'ASFC, en octobre 2006. Brian Foley l'a remplacé comme gestionnaire de la Division de la lutte contre le terrorisme. Le dossier ne dit pas à quel moment il fut résolu de rendre une nouvelle décision sur l'admissibilité de M^{me} Haj Khalil, mais il est clair que, de l'avis de quelqu'un, la décision de M. Swizawski était « périmée » et qu'il était nécessaire de statuer à nouveau sur l'admissibilité de M^{me} Haj Khalil. À la date du procès, la nouvelle décision relative à l'admissibilité de M^{me} Haj Khalil n'avait pas encore été rendue. Le dossier de M^{me} Haj Khalil n'avait pas été soumis au ministre de la Sécurité publique parce que la Division de la lutte contre le terrorisme souhaitait rédiger une nouvelle note pour le cas où M^{me} Haj Khalil serait déclarée interdite de territoire. Je ne sais pas si, en raison du contre-interrogatoire de M. Dumas, M^{me} Haj Khalil entend répondre à la note existante afin que l'affaire soit transmise au ministre avant que la nouvelle décision concernant son admissibilité lui soit communiquée.

[116] C'est, me semble-t-il, une évidence que d'affirmer que l'étape deux a été d'une longueur excessive et déraisonnable. Cependant, ce n'est peut-être pas le cas pour la totalité de la période. En toute justice, on doit dire que la crainte et l'anxiété furent considérables dans tout le pays à la suite des événements du 11 septembre. La Section de l'examen sécuritaire était

Ms. O'Brien testified, overtime and shift work were the norm. Yet, on November 16, 2001, the determination on Ms. Haj Khalil's file was to be made, not at CIC Security Review, but at a local CIC office. On November 28, 2001, Security Review informed the local CIC office in Windsor that the Haj Khalil file should get priority. Ms. Da Costa forwarded CIC Security Review's instructions to Mr. Swizawski on January 31, 2002. Although the environment at Security Review was undoubtedly hectic, there was no explanation as to why it took two months to forward what would have been revised instructions.

[117] As noted earlier, Mr. Swizawski was quick to inform his supervisor that his work load was such that it was impossible for him to address the file within two weeks. At that time, Mr. Swizawski was on assignment four days per week with the RCMP Immigration and Passport Section assisting in alien smuggling and other immigration-related matters. He had only one day per week at the local CIC office to attend to his case load. Further, at that time, he was the only senior immigration officer within the Windsor office's enforcement branch who could deal with the file. Mr. Swizawski testified that he felt ill-equipped to assume carriage of the Haj Khalil file. He had not had the benefit of the training session that Ms. White had attended. Because of his lack of training and his secondment to the RCMP, he doubted his ability to handle the file. He was aware that the CIC regional office in Toronto had a unit that dealt specifically with security cases and he suggested that it would be better if the Haj Khalil file was sent to Toronto. His request to his supervisor that the file be transferred to Toronto for assessment was refused. The reason for the refusal was not known to Mr. Swizawski and no evidence was called to explain it.

[118] In any event, in spite of his workload, Mr. Swizawski prepared the questions for his interview with Ms. Haj Khalil and forwarded them to CIC Security Review for its perusal. He interviewed Ms. Haj Khalil on March 1, 2002. The record is somewhat confusing at this point. Ms. Haj Khalil was represented by counsel in

débordée, et son volume de travail s'est accru à un point tel que, comme l'a dit M^{me} O'Brien, les heures supplémentaires et le travail par quarts étaient devenus la norme. Or, le 16 novembre 2001, la décision concernant le dossier de M^{me} Haj Khalil devait être prise non pas à la Section de l'examen sécuritaire de CIC, mais à un bureau local de CIC. Le 28 novembre 2001, la Section a informé le bureau local de CIC à Windsor que le dossier de M^{me} Haj Khalil devait être traité en priorité. M^{me} Da Costa a transmis les directives de la Section à M. Swizawski le 31 janvier 2002. Le climat qui régnait à la Section était sans aucun doute très agité, mais nul n'a expliqué pourquoi il a fallu deux mois pour transmettre ce qui n'était que de nouvelles directives.

[117] Comme je l'ai dit précédemment, M. Swizawski a rapidement informé son surveillant que sa charge de travail était telle qu'il lui était impossible d'étudier le dossier dans un délai de deux semaines. À l'époque, M. Swizawski était en affectation quatre jours par semaine à la Section de l'immigration et des passeports de la GRC, pour apporter son aide dans les dossiers de passage clandestin d'étrangers et d'autres affaires d'immigration. Il n'avait qu'un jour par semaine pour s'occuper de sa charge de travail au bureau local de CIC. De plus, à l'époque, il était, à la Direction générale de l'exécution de la loi du bureau de Windsor, l'unique agent principal d'immigration qui était apte à s'occuper du dossier. M. Swizawski a témoigné qu'il se sentait mal équipé pour prendre la responsabilité du dossier de M^{me} Haj Khalil. Il n'avait pas eu l'avantage de la séance de formation dont avait bénéficié M^{me} White. En raison de son manque de formation et de son affectation à la GRC, il doutait de sa capacité de s'occuper du dossier. Il savait que le bureau régional de CIC à Toronto disposait d'une section qui s'occupait précisément des affaires de sécurité, et il a suggéré qu'il vaudrait mieux que le dossier de M^{me} Haj Khalil soit envoyé à Toronto. Son surveillant a refusé sa demande de transfert du dossier à Toronto pour évaluation. M. Swizawski n'a pas eu connaissance de la raison du refus, et aucune preuve n'a été produite pour l'expliquer.

[118] Quoi qu'il en soit, malgré sa charge de travail, M. Swizawski a préparé les questions en vue de son entrevue avec M^{me} Haj Khalil et les a transmises à la Section de l'examen sécuritaire de CIC pour qu'elle les examine. Son entrevue avec M^{me} Haj Khalil a eu lieu le 1^{er} mars 2002. Le dossier est quelque peu confus à ce

Windsor and also by counsel in Toronto. In May, her Toronto counsel requested a status report on the file but on June 3rd, her counsel in Windsor delivered extensive written submissions to Mr. Swizawski with respect to Ms. Haj Khalil's admissibility, and alternatively, her request for ministerial relief.

[119] Mr. Swizawski's report was completed and forwarded to CIC Security Review on July 31st. Security Review then went about its business and by December, the analyst's memo was on the Director's desk for approval. Because of the ministerial directive on the uniformity of memoranda, the moratorium on ministerial relief was in effect and the memo was not placed in the chain of command.

[120] I am not able to determine when the ministerial directive was issued. The evidence was sadly lacking in this respect. However, it seems more probable than not, had Ms. Haj Khalil's file been addressed in a timely manner by CIC Security Review (following its November 28th directive that it should receive priority), and had it been allocated to Toronto (as requested by Mr. Swizawski), it would not have been caught in the moratorium. In my view, in the face of an order of the Federal Court and the specific representation of CIC counsel that the file would be expedited, it ought to have been completed (including the ministerial review aspect) by the end of July of 2002. That constitutes a period in excess of eight months from the date of Justice Gibson's order. Instead, Ms. Haj Khalil's application remains outstanding.

[121] In relation to Mr. Dumas and his decision to "park" all ministerial relief files, he provided no justification for such action. When pressed on cross-examination for some explanation, he repeatedly stated what he did, but not why he did it. I acknowledge and accept that it is not for the Court to tell governmental departments how to go about their business. Yet, it cannot be right that a Convention refugee's application for permanent residence, submitted more than eight years prior, and returned by the Court for redetermination, would not only be put on the back burner, but would be virtually ignored. I found

stade. M^{me} Haj Khalil avait une avocate à Windsor, ainsi qu'un avocat à Toronto. En mai, son avocat de Toronto a voulu savoir où en était le dossier, mais, le 3 juin, son avocate de Windsor transmettait des prétentions écrites approfondies à M. Swizawski à propos de l'admissibilité de sa cliente, et, subsidiairement, à propos de sa demande de dérogation ministérielle.

[119] Le rapport de M. Swizawski a été terminé et transmis à la Section de l'examen sécuritaire de CIC le 31 juillet. La Section a alors fait ce qu'elle devait faire et, en décembre, la note de l'analyste se trouvait sur le bureau du directeur, pour approbation. À cause de la directive ministérielle sur l'uniformité des notes, la suspension des dossiers de dérogation ministérielle avait pris effet et la note de l'analyste n'a pas remonté la voie hiérarchique.

[120] Il m'est impossible de dire quand la directive ministérielle a été distribuée. La preuve sur ce point était inexistante. Cependant, il apparaît assez probable que, si le dossier de M^{me} Haj Khalil avait été étudié de façon opportune par la Section de l'examen sécuritaire de CIC (à la suite de sa directive du 28 novembre selon laquelle le dossier devait être prioritaire), et s'il avait été renvoyé à Toronto (comme l'avait demandé M. Swizawski), il aurait échappé à la suspension des dossiers de dérogation ministérielle. Selon moi, puisqu'il y avait une ordonnance de la Cour fédérale et puisque l'avocat de CIC avait dit expressément que le dossier serait étudié rapidement, l'examen du dossier aurait dû être achevé (y compris l'examen de la dérogation ministérielle) à la fin de juillet 2002. C'est là plus de huit mois après l'ordonnance du juge Gibson. Au lieu de cela, la demande de M^{me} Haj Khalil est encore en attente d'une décision.

[121] Pour ce qui est de M. Dumas et de sa décision de mettre en sommeil tous les dossiers de dérogation ministérielle, il n'a pas justifié cette mesure. Pressé en contre-interrogatoire de donner une explication, il n'a fait que dire ce qu'il avait fait, mais non pourquoi il l'avait fait. Je reconnais et j'admets qu'il n'appartient pas à la Cour de dire aux ministères fédéraux de quelle manière ils doivent faire leur travail. Pourtant, il n'est pas admissible que la demande de résidence permanente d'un réfugié au sens de la Convention, présentée plus de huit années auparavant, puis renvoyée par la Cour pour nouvelle décision, soit non seulement mise en veilleuse,

Mr. Dumas' evidence equivocal, defensive and generally unreliable. However, I do not find that he acted in bad faith or intended to cause Ms. Haj Khalil (or any applicant) harm.

[122] I do not disagree with the defendant Crown's submission that once Ms. Haj Khalil's judicial review application was allowed, the clock was reset. I agree that a fresh determination had to be made, but the clock was ticking in the context of what had transpired. Put another way, it was not open to CIC to ignore the fact that Ms. Haj Khalil's file had been in the queue since January of 1995. Moreover, having had the benefit of the Oldford synopsis of the Haj Khalil file in November of 2003, Mr. Dumas chose to leave it "parked", contrary to Ms. Oldford's recommendation.

[123] I am cognizant of the defendant Crown's submission that the archivists retained by Counter-Terrorism confirmed that the articles submitted by Ms. Haj Khalil at her refugee hearing were not contained in any of the FAT publications. That may well be a factor for consideration when her admissibility or her ministerial relief application (neither of which are being assessed in this action) are determined. It is not probative in relation to the allegation of delay for no such inquiry was taken until this litigation was well underway. It appears that the request to the archivists was made sometime in 2006. It is not open to the Crown to use what it learned in 2006 to justify delay in 2003. The same reasoning applies to Ms. Haj Khalil's eve-of-trial disclosure of a new and previously undisclosed alias.

[124] Thus, for the foregoing reasons, I conclude that Ms. Haj Khalil's application ought to have been finalized by the end of July 2002. I am not satisfied that delay beyond that date was adequately explained or justified. To the contrary, I find that the delay was inordinate and unreasonable. In a word, it was inexcusable. I have no difficulty in concluding that it would offend the community's sense of decency and fairness.

mais encore reléguée aux oubliettes. J'ai trouvé que le témoignage de M. Dumas était équivoque, défensif et généralement peu digne de foi. Cependant, je ne crois pas qu'il a agi de mauvaise foi ou qu'il voulait causer du tort à M^{me} Haj Khalil (ou à un quelconque demandeur).

[122] Je ne suis pas en désaccord avec l'argument de la Couronne défenderesse selon lequel, après que la Cour eut fait droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par M^{me} Haj Khalil, le compteur était remis à zéro. J'admets qu'une nouvelle décision devait être prise, mais le compteur tournait dans le contexte des événements antérieurs. Autrement dit, il n'était pas loisible à CIC de faire abstraction du fait que le dossier de M^{me} Haj Khalil était dans la file d'attente depuis janvier 1995. Par ailleurs, ayant eu l'avantage, en novembre 2003, du résumé que lui avait fait M^{me} Oldford à propos du dossier de M^{me} Haj Khalil, M. Dumas a décidé de le mettre en veilleuse, contrairement à la recommandation de M^{me} Oldford.

[123] J'ai connaissance de l'argument de la Couronne défenderesse selon lequel les archivistes engagés par la Division de la lutte contre le terrorisme avaient confirmé que les articles produits par M^{me} Haj Khalil lors de l'audience relative à son statut de réfugiée ne figuraient dans aucune des publications de la FAT. Cela pourrait bien être un point à considérer lorsque son admissibilité ou sa demande de dérogation ministérielle (qui ni l'une ni l'autre ne sont évaluées dans la présente instance) seront examinées. Ce n'est pas un facteur déterminant pour ce qui concerne le retard allégué, car aucune interrogation de ce genre n'a été soulevée jusqu'à un stade bien avancé du présent litige. Il semble que la demande adressée aux archivistes a été faite au cours de 2006. Il n'est pas loisible à la Couronne d'invoquer ce qu'elle a appris en 2006 pour justifier un retard survenu en 2003. Le même raisonnement s'applique à la révélation, par M^{me} Haj Khalil, la veille du procès, d'un pseudonyme inconnu et jusque-là dissimulé.

[124] Je conclus donc, pour les motifs susmentionnés, que la demande de M^{me} Haj Khalil aurait dû être menée à son terme à la fin de juillet 2002. Je ne suis pas persuadée qu'au-delà de cette date, le retard a été expliqué ou justifié d'une manière satisfaisante. Au contraire, je suis d'avis que le délai a été excessif et déraisonnable. En un mot, il a été inexcusable. Je n'ai aucune difficulté à dire qu'il heurterait chez quiconque le sens de la décence et de l'équité.

[125] However, my determination in this respect does not end the matter. Delay, *per se*, does not mean that the defendant Crown was negligent or that the plaintiffs' Charter rights were breached. It is for the plaintiffs to establish these allegations. Accordingly, I turn now to the issues to be addressed.

6. The Issues

[126] There are four primary issues to be determined. Each entails an analysis of subsidiary issues. I will address them in the order in which they were argued.

(1) The Threshold Issue — Do the principles enunciated in *Grenier* [below] and *Prentice* [below] mean that the plaintiffs' action is barred?

(a) *res judicata*

(b) *Grenier*

(2) The Allegation of Negligence

(a) duty of care

(b) causation

(3) The Alleged Charter Breaches

(a) section 7

(i) liberty interests

(ii) security of the person interests

(b) section 15

(4) The Constitutionality of paragraph 34(1)(f) of the IRPA

(a) section 2 of the Charter

(b) section 15 of the Charter

(c) subsection 34(2) of the IRPA.

[125] Cependant, ma conclusion sur ce point ne règle pas la question. Le retard en soi ne signifie pas que la Couronne défenderesse a été négligente ou qu'il a été porté atteinte aux droits garantis aux demandeurs par la Charte. Il appartient aux demandeurs d'établir le bien-fondé de telles allégations. Je passe donc aux points qu'il faut encore examiner.

6. Les questions en litige

[126] Il y a quatre questions principales à décider. Chacune requiert l'analyse de questions subsidiaires. Je les examinerai dans l'ordre où elles ont été plaidées.

1) La question préliminaire — Les principes énoncés dans les arrêts *Grenier* [ci-dessous] et *Prentice* [ci-dessous] signifient-ils que l'action des demandeurs est irrecevable?

a) le principe de la chose jugée;

b) l'arrêt *Grenier*;

2) La présumée négligence

a) l'obligation de diligence

b) le lien de causalité;

3) Les présumées atteintes à la Charte

a) l'article 7

(i) le droit à la liberté;

(ii) le droit à la sécurité de la personne;

b) l'article 15;

4) La constitutionnalité de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR

a) l'article 2 de la Charte;

b) l'article 15 de la Charte;

c) le paragraphe 34(2) de la LIPR.

(i) The Threshold Issue — Do the Principles Enunciated in *Grenier* and *Prentice* Mean that the Plaintiffs' Action is Barred?

[127] The Crown asserts that the recent and clearly enunciated principles in *Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (F.C.A.) (*Grenier*) and *Prentice v. Canada*, [2006] 3 F.C.R. 135 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2006] 1 S.C.R. viii (*Prentice*) constitute a “complete bar to any action for damages grounded in negligence or breach of *Charter* rights.”

[128] I need not detail the Crown's comprehensive overview of what is described as the “divergence in the law predating *Grenier* and *Prentice*.” Distilled, the Crown's position is that the plaintiffs must successfully and in a timely fashion exhaust their available judicial review remedies before they may proceed with an action for damages. It maintains that the pith and substance of the plaintiffs' claim relates to delay in an administrative decision-making process.

[129] The Crown notes that the dismissal of its motion to strike the plaintiffs' statement of claim in 2004 predates *Grenier* and *Prentice* wherein the Federal Court of Appeal clarified the law in the Crown's favour on this issue. Based on these recent clarifications, according to the Crown, it is beyond debate that “complaints of unreasonable delay in administrative proceedings must be remedied by way of a judicial review application for a writ of *mandamus* or a declaration of unreasonable delay and not by way of an action for damages.” The summary procedure relating to applications for judicial review was designed by legislators to lead to a quick and efficient resolution of administrative issues. In circumstances of administrative delay, *mandamus* is the most responsive remedy and, says the Crown, is best suited to put the plaintiffs in the position they would have been in, but for the delay. Moreover, the Federal Court is well suited and experienced regarding *mandamus* applications.

i) La question préliminaire — Les principes énoncés dans les arrêts *Grenier* et *Prentice* signifient-ils que l'action des demandeurs est irrecevable?

[127] La Couronne affirme que les principes récents, clairement énoncés, qui sont exposés dans les arrêts *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.F.) (l'arrêt *Grenier*, et *Prentice c. Canada*, [2006] 3 R.C.F. 135 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2006] 1 R.C.S. viii (l'arrêt *Prentice*), constituent [TRADUCTION] « une fin de non-recevoir à toute action en dommages-intérêts pour négligence ou pour violation de droits garantis par la Charte ».

[128] Il ne m'est pas nécessaire de m'étendre sur l'aperçu détaillé que donne la Couronne de ce qu'elle appelle [TRADUCTION] « l'écart dans l'état du droit avant les arrêts *Grenier* et *Prentice* ». En résumé, la Couronne dit que les demandeurs doivent, avant de pouvoir engager une action en dommages-intérêts, épuiser au moment opportun les recours dont ils disposent en contrôle judiciaire et obtenir gain de cause dans ces recours. Elle dit que le caractère véritable de la réclamation des demandeurs concerne la lenteur du processus décisionnel de l'administration.

[129] La Couronne relève que le rejet de sa requête en radiation de la déclaration des demandeurs en 2004 est antérieur aux arrêts *Grenier* et *Prentice*, dans lesquels la Cour d'appel fédérale a clarifié le droit sur la question d'une manière qui favorisait la Couronne. Eu égard à ces récents éclaircissements, il ne saurait être contesté, selon la Couronne, que [TRADUCTION] « les plaintes de lenteur déraisonnable dans les procédures administratives doivent être résolues par dépôt d'une demande de contrôle judiciaire visant à l'obtention d'un bref de *mandamus* ou d'un jugement déclaratoire concluant à un retard déraisonnable, et non par dépôt d'une action en dommages-intérêts ». La procédure sommaire d'une demande de contrôle judiciaire a été conçue par le législateur pour permettre une résolution rapide et efficace des litiges administratifs. Dans les cas de retard de l'administration, le *mandamus* est le recours le plus adapté et, de dire la Couronne, il est le mieux à même de mettre les demandeurs dans la position où ils se seraient trouvés s'il n'y avait pas eu retard. Par ailleurs, la Cour fédérale est l'instance la plus qualifiée et expérimentée en matière de demandes de *mandamus*.

[130] In short, the Crown argues that the plaintiffs must first successfully and in a timely fashion exhaust available judicial review remedies, “including mandamus and/or a declaration before there is even a possibility of proceeding with an action for damages.” There is no rational justification for exempting the administrative conduct of delay from the general application of the principles articulated in the noted authorities. As for the recent decision in *Samimifar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2007), 62 Imm. L.R. (3d) 3 (F.C.A.) (*Samimifar No. 2*), the Crown says that it has no bearing on the legal determination facing me because, in *Samimifar No. 2*, the Court of Appeal did not revisit a refusal of a Federal Court judge to summarily dismiss a delay claim. Moreover, the Court of Appeal made no pronouncements of law on the relevant issues and, in effect, it deferred to the judge’s findings that there was a genuine issue for trial.

[131] For their part, the plaintiffs point first to the Court of Appeal’s determination in *Samimifar No. 2* and then submit that Madam Justice Snider, having had the benefit of the *Grenier* decision, nonetheless determined in *Samimifar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 3 F.C.R. 663 (F.C.) (*Samimifar No. 1*) that Mr. Samimifar was not precluded from bringing his action (based on delay in the processing of his application for permanent residence) because he [*Samimifar No. 1*, at paragraph 41] “did not first seek relief by way of extraordinary remedy under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.” Further, the plaintiffs argue that they did seek *mandamus* when they commenced their application for leave and judicial review on March 15, 2000, in relation to the first inadmissibility decision.

[132] It seems to me that, although characterized as the determination of a question of law, the Crown’s position, in substance, is a request of me to set aside or vary the Federal Court’s order (denying the Crown’s request to dismiss the plaintiffs’ statement of claim) ostensibly on the premise that subsequent appellate court jurisprudence is inconsistent with the result arrived at by the Court in its determination. Indeed, the Crown acknowledges that it seeks to have me “revisit” the

[130] En bref, la Couronne fait valoir que les demandeurs doivent d’abord épuiser les recours offerts par la procédure de contrôle judiciaire, de façon opportune et avec succès, [TRADUCTION] « notamment le *mandamus*, un jugement déclaratoire, ou les deux, avant qu’ils aient même la possibilité d’engager une action en dommages-intérêts ». Il n’y a aucune raison logique de soustraire l’administration, accusée de lenteur abusive, à l’application générale des principes exposés dans les précédents susmentionnés. Quant à l’arrêt récent *Samimifar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CAF 248 (l’arrêt *Samimifar n° 2*), la Couronne dit qu’il n’a aucun rapport avec le point de droit que je dois décider parce que, dans cet arrêt, la Cour d’appel ne se prononçait pas sur le refus d’un juge de la Cour fédérale de rejeter sommairement une action fondée sur un retard abusif. La Cour d’appel ne s’est d’ailleurs pas prononcée en droit sur les points soulevés, s’en remettant en fait à la conclusion du juge selon laquelle il y avait une question véritable à trancher.

[131] Pour leur part, les demandeurs signalent d’abord la conclusion tirée par la Cour d’appel dans l’arrêt *Samimifar n° 2*, affirmant ensuite que la juge Snider, qui avait sous les yeux l’arrêt *Grenier*, a néanmoins jugé dans la décision *Samimifar c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2007] 3 R.C.F. 663 (C.F.) (la décision *Samimifar n° 1*), que M. Samimifar n’était pas empêché d’engager son action (fondée sur les lenteurs du traitement de sa demande de résidence permanente) du seul fait qu’il [*Samimifar n° 1*, au paragraphe 41] « n’a pas d’abord exercé le recours extraordinaire prévu par l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* ». Les demandeurs font aussi valoir qu’ils ont sollicité une ordonnance de *mandamus* lorsqu’ils ont déposé leur demande d’autorisation et de contrôle judiciaire le 15 mars 2000, en rapport avec la première décision d’interdiction de territoire.

[132] Il me semble que, bien qu’elle prétende inviter la Cour à décider un point de droit, la Couronne veut en réalité que la Cour annule ou modifie son ordonnance (refusant la requête de la Couronne en rejet de la déclaration des demandeurs) sous le prétexte que les décisions ultérieures rendues en appel ne s’accordent pas avec la conclusion à laquelle est arrivée la Cour. La Couronne reconnaît d’ailleurs que ce qu’elle voudrait, c’est que je « revisite » la décision antérieure. Les *Règles*

earlier determination. The *Federal Courts Rules* contemplate the setting aside or variance of an order “by reason of a matter that arose... subsequent to the making of the order” (see paragraph 399(2)(a)). However, jurisprudence does not constitute a “matter” within the meaning of paragraph 399(2)(a): *Ayangma v. Canada* (2003), 313 N.R. 312 (F.C.A.).

(a) *Res judicata*

[133] In my view, the Crown’s argument constitutes a collateral attack on Madam Justice Heneghan’s order. The issue advanced by the Crown as a threshold issue for determination in this proceeding is *res judicata*, specifically on the basis of issue estoppel. It is settled law that for issue estoppel to apply, three conditions must be met: the same question must have been decided in an earlier proceeding; the decision in the earlier proceeding must be final; and the parties must be the same as those in the previous proceeding (mutuality): *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*). All three conditions are met in this instance.

[134] The issue — whether the plaintiffs can bring this action without first having sought *mandamus* was determined by Prothonotary Milczynski by order dated February 17, 2004. The Crown appealed that order and Justice Heneghan dismissed the appeal on May 19, 2004. Justice Heneghan did not refer the issue over to the trial Judge for further determination. No appeal was taken with respect to Justice Heneghan’s order. Consequently, her order constitutes a final order disposing of the issue. The elements of issue estoppel are made out.

[135] As to whether, as a matter of discretion, issue estoppel ought to be applied in this instance, I am of the view that it should. Justice Binnie stated in *Danyluk* that the application of the discretion is very limited in relation to determinations made by superior courts. Greater latitude exists in relation to the decisions of administrative tribunals. The factors enumerated in *Danyluk* are in the context of and primarily relate to an

des Cours fédérales envisagent l’annulation ou la modification d’une ordonnance lorsque « des faits nouveaux sont survenus [...] après que l’ordonnance a été rendue » (voir l’alinéa 399(2)a) des Règles). Cependant, la jurisprudence ne constitue pas un « fait nouveau » au sens de l’alinéa 399(2)a) : arrêt *Ayangma c. Canada*, 2003 CAF 382.

a) le principe de la chose jugée

[133] Selon moi, l’argument de la Couronne constitue une contestation indirecte de l’ordonnance de la juge Heneghan. L’argument invoqué par la Couronne en tant que point préliminaire à décider dans la présente instance vise une chose jugée, plus précisément au titre de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Il est bien établi en droit qu’avant que s’applique la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, trois conditions doivent être remplies : la même question doit avoir été décidée dans une procédure antérieure, la décision judiciaire antérieure doit être définitive, enfin les parties doivent être les mêmes que dans l’instance antérieure (réciprocité) : *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460 (l’arrêt *Danyluk*.) Les trois conditions sont réunies ici.

[134] Le point de savoir si les demandeurs peuvent engager la présente action sans avoir d’abord sollicité un *mandamus* a été décidé par la protonotaire Milczynski, dans une ordonnance datée du 17 février 2004. La Couronne a fait appel de cette ordonnance, et la juge Heneghan a rejeté l’appel le 19 mai 2004. La juge Heneghan n’a pas renvoyé la question au juge du procès pour qu’il rende une décision complémentaire. Aucun appel n’a été interjeté de l’ordonnance de la juge Heneghan. Par conséquent, son ordonnance est une ordonnance définitive qui dispose de la question. Les éléments de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée sont établis.

[135] Pour ce qui est de savoir si le principe de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée devrait, par l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, être appliqué ici, je suis d’avis que la réponse est affirmative. Le juge Binnie écrivait, dans l’arrêt *Danyluk*, que l’exercice du pouvoir discrétionnaire est très restreint en ce qui a trait aux conclusions des cours supérieures. Une latitude plus grande existe en ce qui concerne les

administrative tribunal. I see nothing in the circumstances of this case such that the usual operation of the doctrine of issue estoppel would work an injustice.

[136] I should also state that I have not overlooked that in some recent cases it has been accepted that issue estoppel or *res judicata* may not apply to bar a claim where there has been a change in circumstances, including a change in the law: *Robb v. St. Joseph's Health Care Centre; Rintoul v. St. Joseph's Health Care Centre; Farrow v. Canadian Red Cross Society* (2001), 5 C.P.C. (5th) 252 (Ont. C.A.) (*Robb*). As explained by Justice Rothstein, then of the Federal Court of Appeal, in *Metro Can Construction Ltd. v. Canada* (2001), 203 D.L.R. (4th) 741 (F.C.A.), the cases cited in *Robb* allow for [at paragraph 5] “the exercise of discretion by a court, in special circumstances, in deciding whether to permit an issue, that would otherwise be prevented from being raised by reason of *res judicata* or issue estoppel, to be relitigated in subsequent proceedings” (my emphasis). That is not the situation here.

(b) *Grenier*

[137] In any event, even if I were to conclude otherwise regarding the doctrine of *res judicata*, I am not convinced that the Crown's position is correct. The *Grenier* decision involved an inmate who was placed in administrative segregation for 14 days after an incident involving a correctional officer. Rather than challenging the administrative segregation decision by way of judicial review, the inmate brought an action in damages three years later. At trial, the Prothonotary concluded that the administrative segregation decision was arbitrary. Liability was found to be established and damages were awarded. The Federal Court dismissed the Crown's appeal. On appeal to the Federal Court of Appeal, the primary issue was whether it was necessary for the litigant to attack the administrative segregation decision

décisions des tribunaux administratifs. Les facteurs énumérés dans l'arrêt *Danyluk* dépendent du contexte de l'affaire et intéressent principalement un tribunal administratif. Je ne vois, dans les circonstances de la présente affaire, aucun élément qui ferait qu'une injustice résulterait de l'application du principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée.

[136] Je dois dire également qu'il ne m'a pas échappé que, dans certaines affaires récentes, il a été admis que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, ou le principe de la chose jugée, n'a pas nécessairement pour effet de faire obstacle à une action lorsqu'il y a eu changement de circonstances, y compris modification du droit : *Robb v. St. Joseph's Health Care Centre; Rintoul v. St. Joseph's Health Care Centre; Farrow v. Canadian Red Cross Society* (2001), 5 C.P.C. (5th) 252 (C.A. Ont.) [l'arrêt *Robb*]. Comme l'expliquait le juge Rothstein, alors juge de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Metro Can Construction Ltd. c. Canada*, 2001 CAF 227 [au paragraphe 5], les précédents cités dans l'arrêt *Robb* « permettent à un tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans des circonstances spéciales, en vue de déterminer s'il convient de permettre qu'une question litigieuse, qui ne pourrait pas par ailleurs être soulevée en raison de la chose jugée ou du principe de l'irrecevabilité résultant de l'identité des questions en litige, soit de nouveau débattue dans une instance subséquente » (non souligné dans l'original). Tel n'est pas le cas ici.

b) l'arrêt *Grenier*

[137] En tout état de cause, même si je devais conclure autrement à propos du principe de la chose jugée, je ne suis pas persuadée que la position de la Couronne est conforme au droit. L'arrêt *Grenier* concernait un détenu placé en isolement préventif durant 14 jours après un incident au sujet d'un agent correctionnel. Au lieu de contester la décision d'isolement préventif par voie de contrôle judiciaire, le détenu a engagé une action en dommages-intérêts trois ans plus tard. Au procès, le protonotaire est arrivé à la conclusion que la décision d'isolement préventif était arbitraire. La responsabilité étant établie, il a accordé des dommages-intérêts au détenu. La Cour fédérale a rejeté l'appel interjeté par la Couronne. Devant la Cour d'appel fédérale, le point principal était de savoir s'il était nécessaire que la partie

by way of judicial review before bringing an action in damages.

[138] Mr. Justice Létourneau, writing for the Court, held that the decision of Madam Justice Desjardins in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (F.C.A.) (*Tremblay*) applied. At paragraph 20, Justice Létourneau stated:

For the reasons expressed below, I think the conclusion our colleague, Madam Justice Desjardins, arrived at in *Tremblay*, is the right one in that it is the conclusion sought by Parliament and mandated by the *Federal Courts Act*. She held that a litigant who seeks to impugn a federal agency's decision is not free to choose between a judicial review proceeding and an action in damages; he must proceed by judicial review in order to have the decision invalidated.

[139] In arriving at this conclusion, Justice Létourneau provided the following reasons:

- compromising of legal security [paragraphs 27-28]
 - permitting litigants to impugn administrative decision by way of action instead of judicial review is also to allow an infringement of the principle of finality of decisions and the legal security that this entails;
 - these principles exist in the public interest and Parliament's intention to protect this interest is illustrated by the short time limit allowed for challenging an administrative decision.
- promotion of indirect challenges [paragraphs 31-33]
 - the principle of the finality of decisions likewise requires that in the public interest, the possibilities for indirect challenges of an administrative decision be limited and circumscribed, especially when Parliament has opted for a procedure for direct challenge of the decision within defined parameters;
 - of concern is the increased likelihood of attempted collateral attacks as a means of circumventing the

conteste par voie de contrôle judiciaire la décision d'isolement préventif avant d'engager une action en dommages-intérêts.

[138] Le juge Létourneau, s'exprimant pour la Cour d'appel, a estimé que la décision rendue par la juge Desjardins, *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.F.) (l'arrêt *Tremblay*), était applicable. Au paragraphe 20, le juge Létourneau s'exprimait ainsi :

Pour les raisons que j'exprimerai ci-après, je crois que la conclusion à laquelle en est venue notre collègue, la juge Desjardins dans l'affaire *Tremblay*, est la bonne en ce qu'il s'agit de la conclusion recherchée par le législateur et mandatée par la *Loi sur les Cours fédérales*. Elle y affirmait que le justiciable qui veut s'attaquer à une décision d'un organisme fédéral n'a pas le libre choix d'opter entre une procédure de contrôle judiciaire et une procédure d'action en dommages-intérêts : il doit procéder par contrôle judiciaire pour faire invalider la décision.

[139] À l'appui de cette conclusion, le juge Létourneau a donné les motifs suivants :

- la compromission de la sécurité juridique [paragraphes 27 et 28]
 - permettre aux parties de contester une décision administrative par voie d'action plutôt que par voie de contrôle judiciaire, c'est aussi permettre une atteinte au principe du caractère définitif des décisions et à la sécurité juridique qui s'y rattache;
 - ces principes existent dans l'intérêt public, et l'intention du législateur de protéger cet intérêt ressort du court délai octroyé pour contester une décision administrative.
- la promotion des contestations indirectes [paragraphes 31 à 33]
 - le principe du caractère définitif des décisions commande également, dans l'intérêt public, que les possibilités de contestations indirectes d'une décision administrative soient limitées et circonscrites, particulièrement lorsque le législateur a opté pour une procédure de contestation directe de cette décision, à l'intérieur de paramètres définis;
 - il faut aussi compter avec la probabilité accrue de contestations incidentes comme moyen d'éluder la

deference which often results from a pragmatic and functional analysis.

- the Prothonotary's lack of jurisdiction to hear an application for judicial review [paragraphs 34-36]

– to find the appellant liable as a result of administrative segregation, the Prothonotary had to review the lawfulness of the institutional head's decision ordering it and set it aside. If the respondent had proceeded directly by an application for judicial review, as required by subsection 18(3) of the *Federal Courts Act*, the Prothonotary would have had no jurisdiction to carry out such a review;

– the collateral attack undertaken by the respondent therefore enabled the Prothonotary to assume and exercise a jurisdiction reserved to a Federal Court judge, thus doing indirectly what the *Federal Courts Act* and the Rules do not allow him to do directly.

[140] In *Grenier*, the expressed concern of the Court was the possibility of a litigant launching an action in damages in order to circumvent the judicial review process (either by seeking to avoid the deference accorded to administrative decision makers when reviewed at the Federal Court or finding a means to secure a remedy when the litigant was out of time to bring a judicial review application).

[141] *Prentice* involved a member of the RCMP who took part in U.N. peacekeeping missions overseas. After he was released by the RCMP for medical reasons, he brought an action in the Federal Court [*Prentice v. Canada (Royal Canadian Mounted Police)* (2004), 267 F.T.R. 163 (F.C.)] claiming damages for breach of his Charter rights, specifically section 7. The Federal Court of Appeal held that the action was a disguised claim for a disability pension and that it did not come within the framework of an action in damages. Because the compensation which he sought could be recovered under various federal statutes, Prentice could only claim (in the action under section 7 of the Charter) the difference in compensation. However, the action was certain to fail, even if there was a violation of section 7 of the Charter

retenue qui souvent résulte d'une analyse pragmatique et fonctionnelle.

- l'absence de compétence du protonotaire pour entendre une demande de contrôle judiciaire [paragraphes 34 à 36]

– pour pouvoir conclure à une responsabilité de l'appelante suite à l'ordonnance d'isolement préventif, le protonotaire devait contrôler la légalité de la décision du directeur ordonnant cette détention et l'annuler. Si l'intimé avait procédé directement par demande de contrôle judiciaire comme l'exige le paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*, le protonotaire n'aurait pas eu compétence pour exercer ce contrôle;

– la contestation indirecte entreprise par l'intimé a donc permis au protonotaire d'assumer et d'exercer une compétence réservée à un juge de la Cour fédérale, bref de faire indirectement ce que la *Loi sur les Cours fédérales* et les Règles ne lui permettent pas de faire directement.

[140] Dans l'arrêt *Grenier*, l'inquiétude exprimée par la Cour d'appel fédérale portait sur la possibilité pour une partie d'engager une action en dommages-intérêts de manière à contourner la procédure de contrôle judiciaire (soit en cherchant à éluder la retenue que doit montrer la Cour fédérale dans l'examen des décisions administratives, soit en trouvant le moyen d'obtenir un redressement lorsque la partie a dépassé le délai imparti pour le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire).

[141] L'arrêt *Prentice* concernait un membre de la GRC qui avait pris part à des missions de maintien de la paix des Nations Unies à l'étranger. Après avoir été libéré de la GRC pour raisons de santé, il avait engagé une action devant la Cour fédérale [*Prentice c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)*, 2004 CF 1657] en vue d'obtenir réparation pour atteinte à ses droits garantis par la Charte, plus précisément par son article 7. La Cour d'appel fédérale a jugé que l'action constituait une demande déguisée de pension d'invalidité et que cette action ne pouvait être présentée sous forme d'une action en dommages-intérêts. Comme la réparation qu'il demandait pouvait être obtenue en vertu de diverses lois fédérales, le demandeur ne pouvait réclamer (dans l'action engagée en vertu de l'article 7 de la Charte) que

and even if his action under the Charter was not precluded by Crown immunity. Mr. Justice Décar, writing for the Federal Court of Appeal, concluded at paragraph 76:

My conclusion is consistent with what the Court has recently decided, in *Grenier*: a plaintiff who wishes to bring action against the Crown in civil liability for damages must first exercise the remedies he or she is offered by administrative law. Section 24 of the Charter is not a life preserver for rescuing parties who fail to exercise the remedies that they have under the “ordinary” laws. It is not the role of the Federal Court to do the things that the statutes assign to arbitrators and ministers. It is quite simply not its function to decide, in an action brought under the Charter, whether a grievance or a claim for a disability pension is justified, let alone to determine the amount of damages or of the pension that arbitrators or ministers could have granted if the matter had been put to them.

[142] It does seem anomalous if on the one hand, pursuant to *Grenier*, an intended plaintiff must successfully challenge an administrative decision by way of judicial review before initiating an action for damages and yet, on the other hand, one who has not received a decision is free to commence such an action without first bringing an application for judicial review to prod the decision maker. Notwithstanding, for a variety of reasons, I entertain doubt that *Grenier* operates to bar an action for damages in the present circumstances. In *Peter G. White Management Ltd. v. Canada*, 2007 FC 686, Mr. Justice Hugessen, albeit in circumstances involving an alleged breach of contract by the Crown, cautioned against misreading *Grenier*.

[143] I have four concerns that prompt me to doubt that this matter falls within the *Grenier* reasoning.

[144] First, I have noted the factors, highlighted by the Court of Appeal, to support its conclusion in *Grenier*. A comparison of those factors with the circumstances existing in this matter is not a good fit. The “compromising of legal security” factor is premised on the existence of an administrative decision (one that has been made). Here, no decision has been made. The

l’excédent. Cependant, l’action était vouée à l’échec, même s’il y avait eu violation de l’article 7 de la Charte et même si l’action engagée en vertu de la Charte n’était pas empêchée par l’immunité de la Couronne. Le juge Décar, rédigeant l’arrêt de la Cour d’appel fédérale, a conclu ainsi, au paragraphe 76 :

Ma conclusion s’inscrit dans la foulée de ce que la Cour vient tout juste de décider dans *Grenier* : un demandeur qui veut poursuivre la Couronne en dommages-intérêts pour responsabilité civile doit d’abord exercer les recours que lui offre le droit administratif. L’article 24 de la Charte n’est pas une disposition de dépannage destinée à rescaper les justiciables qui n’exercent pas les recours que les lois « ordinaires » leur permettent d’exercer. La Cour fédérale n’est pas là pour remplir le rôle que les lois attribuent aux arbitres et aux ministres. Ce n’est tout simplement pas sa fonction que de décider, sous le couvert d’une action fondée sur la Charte, du bien-fondé d’un grief ou d’une demande de pension d’invalidité et encore moins de déterminer le montant des dommages ou de la pension que des arbitres ou des ministres auraient pu accorder s’ils avaient été saisis du dossier.

[142] Il semble effectivement irrégulier que, d’une part, selon l’arrêt *Grenier*, un futur demandeur doive contester avec succès une décision administrative par voie de contrôle judiciaire avant de pouvoir engager une action en dommages-intérêts et que, d’autre part, un demandeur qui n’a pas obtenu une décision administrative soit libre d’engager une telle action sans d’abord introduire une demande de contrôle judiciaire pour aiguillonner le décideur. Malgré cela, et pour une diversité de raisons, je ne suis nullement certaine que l’arrêt *Grenier* ait pour effet de faire obstacle à une action en dommages-intérêts en l’espèce. Dans le jugement *Peter G. White Management Ltd. c. Canada*, 2007 CF 686, le juge Hugessen, bien qu’ayant affaire à une présumée inexécution de contrat par la Couronne, fait une mise en garde contre une interprétation fautive de l’arrêt *Grenier*.

[143] Quatre éléments me font douter que la présente affaire entre dans le raisonnement de l’arrêt *Grenier*.

[144] D’abord, j’ai pris acte des facteurs mis en relief par la Cour d’appel pour appuyer sa conclusion dans l’arrêt *Grenier*. La comparaison de ces facteurs avec les circonstances dont il s’agit ici ne va pas de soi. Le facteur de la « compromission de la sécurité juridique » suppose l’existence d’une décision administrative (une décision qui a été prise). Ici, aucune décision n’a

“promotion of indirect challenges” factor refers to indirect challenges of an administrative decision and the possibility of circumventing the deference which often results from a pragmatic and functional analysis. The pragmatic and functional analysis has no place in an application for *mandamus*. The remedy is a discretionary and equitable one, which in each case will turn on the specific factual context of the case at hand. Deference does not enter the inquiry. With respect to the factor relating to the “lack of jurisdiction of the Prothonotary,” I can think of nothing that would preclude a prothonotary from taking a plaintiff’s failure to seek *mandamus* into consideration when determining the result of the action. The prothonotary would not and could not be indirectly reviewing an administrative decision, for none would exist. It appears obvious that the *Grenier* factors do not seem to be applicable here.

[145] Second, the Crown has cited a host of post-*Grenier* authorities where actions were either summarily or ultimately dismissed in accordance with the reasoning in *Grenier*. That jurisprudence is of limited assistance because, in each case, there was a decision extant. *Morgan v. Canada* (1998), 117 B.C.A.C. 296 (*Morgan*), a pre-*Grenier* decision, is more helpful to the Crown. There, the British Columbia Court of Appeal concluded that the trial Judge had been correct in determining that the Canadian human rights legislation did not create a private right of action for breach of a statutory duty to provide the service in question (to deal expeditiously with Morgan’s human rights complaint against the Canadian Armed Forces). Additionally, the Court agreed with the finding of the trial Judge that the human rights legislation did not constitute a statute that protected the public from economic damage. Therefore, the only available remedy was judicial review in the nature of *mandamus*. Undoubtedly, *Morgan* is persuasive authority. However, the determination regarding the remedy of *mandamus* appears to have been premised on the basis that the human rights legislation did not permit a private right of action. Such a determination has yet to be made in relation to the legislation applicable in this matter.

été prise. Quant au facteur de la « promotion des contestations indirectes », il concerne la contestation indirecte d’une décision administrative et la possibilité de contourner la retenue judiciaire à laquelle donne souvent lieu une analyse pragmatique et fonctionnelle. L’analyse pragmatique et fonctionnelle n’a pas sa place dans une demande de *mandamus*. Il s’agit d’un recours en equity qui est discrétionnaire et qui sera accordé en fonction des circonstances de l’affaire considérée. La question de la retenue judiciaire n’entre pas en ligne de compte. S’agissant du facteur qui concerne « l’absence de compétence du protonotaire », je ne vois rien qui puisse empêcher un protonotaire de prendre en compte, au moment de statuer sur l’action, le fait que le demandeur n’a pas sollicité un *mandamus*. Le protonotaire n’examinerait pas indirectement une décision administrative, ni ne pourrait le faire, car il n’en existerait aucune. Il semble évident que les facteurs considérés dans l’arrêt *Grenier* ne sont pas applicables ici.

[145] Deuxièmement, la Couronne a cité une foule de précédents postérieurs à l’arrêt *Grenier* dans lesquels les actions ont été rejetées soit sommairement, soit en dernière analyse, par application du raisonnement de l’arrêt *Grenier*. Cette jurisprudence est d’une aide restreinte parce que, dans chacun des cas, il y avait eu décision administrative. L’arrêt *Morgan v. Canada* (1998), 117 B.C.A.C. 296 (l’arrêt *Morgan*), antérieur à l’arrêt *Grenier*, présente davantage d’utilité pour la Couronne. Dans cette affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge de première instance avait eu raison de dire que la législation canadienne sur les droits de l’homme n’établissait pas un droit d’action de caractère privé pour le manquement à une obligation légale de fournir le service en cause (donner suite de façon opportune à la plainte de violation des droits de l’homme déposée par M. Morgan contre les Forces armées canadiennes). En outre, la Cour a partagé l’avis du juge de première instance pour qui la législation sur les droits de l’homme n’était pas un texte qui protégeait le public contre un préjudice économique. Le seul recours possible était donc une procédure de contrôle judiciaire de la nature d’un *mandamus*. Sans aucun doute, l’arrêt *Morgan* est un précédent convaincant. Cependant, la conclusion du tribunal concernant le recours que constitue le *mandamus* semblait reposer sur le fait que la législation sur les droits

[146] Third, in *Samimifar No. 1*, the Crown moved for summary judgment to dismiss the plaintiff's claim for damages for negligence and breach of section 7 of the Charter allegedly resulting from the failure to process his claim for permanent residence within a reasonable time. The plaintiff had obtained approval to apply for permanent residence from within Canada in 1994, but his application was dismissed in 2003 and, on the return of the motion, no redetermination of the application had been undertaken. Justice Snider dismissed the Crown's motion and held that the action was not barred due to the plaintiff's failure to seek *mandamus* during the period of delay.

[147] On appeal to the Federal Court of Appeal, Mr. Justice Ryer, writing for the Court, identified the appeal as one from a decision [at paragraph 1] "dismissing a motion by the Crown for summary judgment to dismiss a claim for damages that the respondent allegedly suffered as a result of a delay on the part of Citizenship and Immigration Canada in processing his application for permanent residence in Canada." Justice Ryer noted that Justice Snider had identified the test for summary judgment. He observed that Justice Snider concluded that it had not been established that the case was so doubtful that it did not deserve to be heard by the trial court. Unable to discern any error of law or any palpable and overriding factual error and, without commenting upon the merits of the claim, the Federal Court of Appeal dismissed the appeal with costs.

[148] I agree with the defendant Crown that the Federal Court of Appeal did not make "pronouncements of law" in *Samimifar No. 2*. Nonetheless, the Court upheld Justice Snider's decision which encompassed a determination that failure to bring an application for *mandamus* did not bar an action for delay. Counsel (also on record as counsel on the *Samimifar* appeal) informed me that fulsome submissions, referencing *Grenier* and

de l'homme n'autorisait pas un droit d'action de caractère privé. C'est une conclusion qui n'a pas encore été tirée au regard de la législation en cause ici.

[146] Troisièmement, dans le jugement *Samimifar n° 1*, la Couronne avait demandé un jugement sommaire rejetant l'action du demandeur en dommages-intérêts pour négligence et pour violation de l'article 7 de la Charte. Selon le demandeur, le préjudice avait résulté du fait que sa demande de résidence permanente n'avait pas été traitée dans un délai raisonnable. Le demandeur avait obtenu en 1994 l'autorisation de demander, depuis le Canada, la résidence permanente, mais sa demande fut refusée en 2003 et, à la présentation de la requête, aucun réexamen de la demande n'avait été entrepris. La juge Snider a rejeté la requête de la Couronne en jugement sommaire, estimant que l'action n'était pas irrecevable du seul fait que le demandeur n'avait pas sollicité un *mandamus* durant la période du retard.

[147] Appel du jugement fut interjeté devant la Cour d'appel fédérale. Le juge Ryer, rédigeant l'arrêt de la Cour d'appel, a dit que l'appel était interjeté d'une décision de la juge Snider [au paragraphe 1] « par laquelle elle a rejeté la requête en jugement sommaire présentée par la Couronne visant le rejet d'une demande en dommages-intérêts pour des dommages que l'intimé aurait subis en raison d'un délai de la part de Citoyenneté et Immigration Canada dans le traitement de sa demande en vue d'obtenir le statut de résident permanent au Canada ». Le juge Ryer a relevé que la juge Snider avait énoncé le critère de l'octroi d'un jugement sommaire. Il faisait observer que, selon la juge Snider, il n'avait pas été établi que l'affaire était douteuse au point de ne pas mériter d'être examinée par le juge de première instance. Ne pouvant discerner d'erreur de droit ou de fait manifeste et dominante, et sans se prononcer sur le bien-fondé de la demande, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel, avec dépens.

[148] Je me range à l'avis de la Couronne défenderesse selon lequel la Cour d'appel fédérale ne s'est pas, dans l'arrêt *Samimifar n° 2*, prononcée sur le droit. Néanmoins, la Cour d'appel fédérale a confirmé le jugement de la juge Snider, où elle concluait qu'une action en dommages-intérêts pour lenteur administrative ne devenait pas irrecevable parce que l'auteur de l'action n'avait pas déposé une demande de *mandamus*.

Prentice were argued before the Federal Court of Appeal. *Samimifar No. 1* bears close resemblance to this case.

[149] Fourth, the decision of the Federal Court of Appeal in *Szebenyi v. Canada* (1999), 247 N.R. 290 (F.C.A.) (*Szebenyi No. 1*) also appears to be analogous to the circumstances of this case. There, the plaintiffs appealed from a decision striking out a statement of claim on the ground that it disclosed no cause of action. The action was one for damages arising from the manner in which an application for landing was handled by Canadian immigration officials in Austria. No decision on the application for landing had been made. In a brief decision, Mr. Justice Robertson, then of the Federal Court of Appeal, writing for the Court, stated at paragraphs 2 and 3:

Despite the broad nature of the allegations contained in the statement of claim it is apparent that the cause of action is founded in the negligent handling of the application for landing. That being said we are also of the view that the appellants should restrict their attack to that ground only and, therefore, should restrain themselves from pursuing the grounds of “discrimination”, “professional misconduct”, “vexation” and “violation of privacy”.

The respondent takes the position that the substance of the statement of claim comes within the purview of an application for judicial review rather than an action. We disagree. The fact of the matter is that the appellants are seeking damages for the mishandling of the application for landing. More importantly, the appellants are not challenging a decision which has yet to be made with respect to that application. For this reason, *Zubi v. Canada* (1993), 71 F.T.R. 168 is not applicable.

[150] Counsel for the parties did not bring the *Szebenyi No. 1* decision to my attention. The Crown referred me to *Paszkowski v. Canada (Attorney General)*, [2007] 2 F.C.R. 507 (F.C.) (*Paszkowski*), a decision of Mr. Justice Mosley, in which the Crown’s motion for summary judgment was granted. Justice Mosley distinguished *Szebenyi No. 1* on the basis that, in *Szebenyi No. 1*, no decision had been made that could be

L’avocate de la défenderesse (qui occupait également dans l’appel interjeté par la Couronne du jugement *Samimifar*) m’a informée que des arguments détaillés, où étaient cités les arrêts *Grenier* et *Prentice*, ont été invoqués devant la Cour d’appel fédérale. Le jugement *Samimifar n° 1* présente de grandes similitudes avec la présente affaire.

[149] Quatrièmement, un arrêt de la Cour d’appel fédérale, *Szebenyi c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1453 (QL) (l’arrêt *Szebenyi n° 1*), présente des circonstances qui ne sont pas sans rappeler celles de la présente affaire. Dans cette affaire, les demandeurs faisaient appel d’un jugement qui avait radié leur déclaration au motif qu’elle ne révélait aucune cause d’action. Il s’agissait d’une action en dommages-intérêts découlant de la manière dont une demande de droit d’établissement avait été traitée en Autriche par les fonctionnaires canadiens de l’immigration. La demande de droit d’établissement n’avait été suivie d’aucune décision. Dans un bref jugement, le juge Robertson, alors juge de la Cour d’appel fédérale, écrivait ce qui suit, au nom de la Cour, aux paragraphes 2 et 3 :

Malgré les allégations très générales contenues dans la déclaration, il ressort que l’action est fondée sur la négligence dans le traitement de la demande de droit d’établissement. Cela étant dit, nous sommes également d’avis que les appelants devraient limiter leurs arguments à ce simple motif, et donc qu’ils devraient s’abstenir de poursuivre les motifs portant sur « la discrimination », « l’inconduite professionnelle », « les mesures vexatoires » et « la violation de la vie privée ».

L’intimée soutient que le contenu de la déclaration relève d’une demande de contrôle judiciaire, plutôt que d’une action. Nous ne sommes pas de cet avis. En fait, les appelants demandent des dommages-intérêts pour les fautes commises dans le traitement de la demande de droit d’établissement. De plus, les appelants ne contestent pas la décision sur la demande, puisqu’elle n’a pas encore été prise. Pour ce motif, *Zubi c. Canada* (1993), 71 F.T.R. 168, ne s’applique pas.

[150] Les avocats des parties n’ont pas porté à mon attention l’arrêt *Szebenyi n° 1*. La Couronne m’a renvoyée au jugement *Paszkowski c. Canada (Procureur général)*, [2007] 2 R.C.F. 507 (C.F.) (l’arrêt *Paszkowski*), rendu par le juge Mosley, dans lequel la requête de la Couronne en jugement sommaire a été accueillie. Le juge Mosley a refusé l’analogie avec l’arrêt *Szebenyi n° 1* au motif que, dans cette affaire, aucune décision n’avait

the subject of judicial review. It was my reading of *Paszkowski* that led me to *Szebenyi No. 1*.

[151] On its face, *Szebenyi No. 1* appears remarkably similar to the circumstances before me. It is clearly more analogous than the situation described in *Grenier*. I note parenthetically that following the trial in *Szebenyi No. 1*, Madam Justice Heneghan dismissed the action: *Szebenyi v. Canada*, [2007] 1 F.C.R. 527 (F.C.); affd. by (2007), 63 Admin. L.R. (4th) 228 (F.C.A.); application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed, [2007] S.C.C.A. No. 232 (QL) (*Szebenyi No. 2*).

[152] The ultimate dismissal of the action in *Szebenyi No. 2* has no impact on the determination of the Federal Court of Appeal in *Szebenyi No. 1*, which does not appear to have been overruled. The *Grenier* decision does not extend to the circumstances described in *Szebenyi No. 1*. It is highly doubtful that *Szebenyi No. 1* was argued or cited to the Court in *Grenier* because the factual contexts are completely dissimilar. However, the fact remains that *Szebenyi No. 1* is authority from the Federal Court of Appeal and as such, it is binding upon me.

[153] For the foregoing reasons, *res judicata* aside, in the absence of further guidance from the Federal Court of Appeal, I am not prepared to hold, as a threshold ruling, that the plaintiffs' action is barred for failure to seek *mandamus* as a result of the ruling in *Grenier*. In my view, the Crown's submissions in this respect are better dealt with in other areas that are in issue in this proceeding. The argument has merit, but not on the basis of *Grenier*.

(ii) The Allegation of Negligence

[154] The plaintiffs claim that the Crown was negligent in its delay in processing their applications for permanent residence. Specifically, at paragraph 20 of their statement of claim, they state that:

The Defendant and her officials have been negligent in that they owe a duty of care to ensure that the Plaintiffs' applications, made under Immigration legislation which

été prise qui pouvait être l'objet d'un contrôle judiciaire. C'est ma lecture du jugement *Paszkowski* qui m'a conduite à l'arrêt *Szebenyi n° 1*.

[151] À première vue, l'affaire *Szebenyi n° 1* semble avoir beaucoup de ressemblances avec l'affaire qui nous concerne. Elle présente manifestement plus de ressemblances que l'affaire *Grenier*. J'observe en passant qu'après avoir instruit l'affaire *Szebenyi n° 1*, la juge Heneghan a rejeté l'action : *Szebenyi c. Canada*, [2007] 1 R.C.F. 527 (C.F.); conf. par 2007 CAF 118, demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2007] C.S.C.R. n° 232 (QL) (l'arrêt *Szebenyi n° 2*).

[152] Le rejet ultime de l'action dans l'arrêt *Szebenyi n° 2* n'a aucune incidence sur l'arrêt *Szebenyi n° 1* de la Cour d'appel fédérale, qui ne semble pas avoir été réformé. L'arrêt *Grenier* ne s'étend pas aux circonstances de l'affaire *Szebenyi n° 1*. Il est fort douteux que ce précédent ait été plaidé ou cité devant la Cour d'appel fédérale saisie de l'affaire *Grenier*, parce que les deux affaires sont totalement différentes. Cependant, il reste que l'arrêt *Szebenyi n° 1* a été rendu par la Cour d'appel fédérale et que, de ce fait, je suis liée par ce précédent.

[153] Pour les motifs qui précèdent, hormis le principe de la chose jugée, et en l'absence d'autres indications de la Cour d'appel fédérale, je ne suis pas disposée à conclure à titre préliminaire, dans le sillage de l'arrêt *Grenier*, que l'action des demandeurs est irrecevable en raison du fait qu'ils n'ont pas sollicité le *mandamus*. Selon moi, les observations de la Couronne sur ce point intéressent davantage d'autres aspects en cause dans la présente instance. L'argument n'est pas sans fondement, mais non parce qu'il serait fondé sur l'arrêt *Grenier*.

ii) La présumée négligence

[154] Les demandeurs soutiennent que la Couronne a été négligente en raison de sa lenteur à traiter leurs demandes de résidence permanente. Plus précisément, ils affirment ce qui suit, au paragraphe 20 de leur déclaration :

[TRADUCTION] La défenderesse et ses fonctionnaires ont été négligents parce qu'ils sont soumis à une obligation de diligence afin de faire en sorte que les demandes de résidence

involves the landing of a person recognized as a Convention refugee in need of protection and safe haven are resolved in a timely fashion. The Plaintiffs claim a breach of the duty of care owed to them in the processing of their applications to be landed in Canada as permanent residents. They claim that the harm caused to them is a reasonably foreseeable consequence of the breach of the duty of care owed to them. They claim damages as a result of the Defendant's negligence, both at common law and under s. 24(1) of the *Charter of Rights and Freedoms*.

[155] There is no need to cite well-known authority for the proposition that a claim of negligence will be made out where a plaintiff establishes: (a) the existence of a duty of care; (b) a breach of the duty; and (c) damage that results from the breach. Failure to satisfy any one of the noted elements will be fatal to the claim.

[156] Although the plaintiffs did not plead the relevant provisions of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] (CLPA), Her Majesty did not take issue with the omission and, at this stage of the proceeding, neither will I. It is settled law that the concept of Crown liability is vicarious and not direct. Section 3 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36] of the CLPA provides that the Crown is liable for damages in respect of a tort committed by its servant provided that, pursuant to section 10 [as am. *idem*, s. 40], the act or omission would have given rise to a cause of action for liability against that servant.

[157] The parties agree that in ascertaining whether a duty of care exists, regard must be had to the two-stage test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.). The Supreme Court of Canada reaffirmed the application of the *Anns* approach in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537 (*Cooper*) where it refined the considerations entailed at each of the stages. The clarified test was subsequently applied in *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562 (*Edwards*); *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263 (*Odhavji*); *Childs v. Desormeaux*,

permanente présentées par les demandeurs en vertu des lois en matière d'immigration, qui concernent le droit d'établissement d'une personne reconnue comme réfugié au sens de la Convention, et qui a besoin d'une protection et d'un refuge, soient examinées de façon opportune. Les demandeurs allèguent un manquement à l'obligation de diligence dans le traitement de leurs demandes de résidence permanente au Canada. Ils soutiennent que le préjudice qui leur a été causé est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement à l'obligation de diligence qui leur est due. Ils demandent réparation pour la faute de la défenderesse, en alléguant à la fois la common law et le paragraphe 24(1) de la *Charte des droits et libertés*.

[155] Il n'est pas nécessaire de rappeler les précédents classiques selon lesquels la négligence sera établie si le demandeur prouve : a) l'existence d'une obligation de diligence, b) un manquement à cette obligation, et c) un préjudice consécutif au manquement. Si le demandeur n'est pas en mesure de prouver l'un de ces trois éléments, la négligence qu'il allègue ne sera pas établie.

[156] Les demandeurs n'ont pas invoqué les dispositions pertinentes de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)] (la Loi sur la responsabilité), mais la défenderesse n'a pas relevé l'omission et, à ce stade de la procédure, je ne le ferai pas non plus. Il est établi en droit que la responsabilité de l'État est une responsabilité du fait d'autrui, non une responsabilité directe. L'article 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36] de la Loi sur la responsabilité dispose que l'État est responsable du préjudice résultant d'un délit civil commis par son préposé, dans la mesure où, en application de l'article 10 [mod., *idem*, art. 40], l'acte ou l'omission aurait donné lieu à une cause d'action en responsabilité contre le préposé.

[157] Les parties reconnaissent que, pour savoir s'il existe une obligation de diligence, il faut appliquer le critère en deux volets exposé dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.). La Cour suprême du Canada a confirmé l'application du principe de l'arrêt *Anns* dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537 (arrêt *Cooper*), dans lequel elle précisait les points à prendre en compte pour chacun des volets du critère. Le critère ainsi précisé a été ultérieurement appliqué dans les arrêts *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562 (arrêt

[2006] 1 S.C.R. 643 (*Childs*) and most recently in *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.* [2007] 3 S.C.R. 83 (*Syl Apps*), all of which have been relied upon by the parties.

[158] There is no debate that, in accordance with the noted authorities, the first stage of the *Anns* test entails an inquiry as to whether there exists a *prima facie* duty of care. Reasonable foreseeability and proximity are the factors to consider. Reasonable foreseeability involves asking whether the person harmed was “so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected”: *Syl Apps*, at paragraph 25 citing *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). Proximity must supplement the reasonable foreseeability. Proximity evaluates the closeness of the relationship between the parties, and asks if it is one that warrants the imposition of a duty of care. Proximity involves factors such as “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved”: *Cooper*, at paragraph 34. It will often be determined by reference to existing categories of negligence. It is a question of policy and a balancing of interests.

[159] If a *prima facie* duty of care is established, the second stage of the *Anns* test arises in novel situations and entails an inquiry as to whether there are policy considerations, outside the relationship of the parties, which would make the imposition of a duty of care unwise. The policy considerations at this stage are those involving “other legal obligations, the legal system and society more generally” and may include matters such as the existence of alternative legal remedies, the risk of unlimited liability to an unlimited class, the policy or operational nature of a decision and the existence of possible immunities from liability: *Cooper*, at paragraph 37.

[160] The plaintiffs argue that CIC immigration officials owe a duty of care to process Convention refugee applications for permanent residence in a timely manner. They maintain that this is an existing category of

Edwards; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263 (arrêt *Odhavji*); *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643 (arrêt *Childs*), et tout récemment *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, [2007] 3 R.C.S. 83 (arrêt *Apps*), tous des précédents que les parties ont invoqués.

[158] Il n'est pas contesté que, selon les précédents susmentionnés, le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* requiert de se demander s'il existe une obligation de diligence *prima facie*. La prévisibilité raisonnable et la proximité sont les facteurs à considérer. La prévisibilité raisonnable requiert de se demander si les personnes lésées étaient « touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement prévoir qu'elles seraient ainsi touchées »: arrêt *Syl Apps*, au paragraphe 25, citant l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). La proximité doit compléter la prévisibilité raisonnable. Elle mesure l'étroitesse du lien entre les parties et permet de dire si c'est un lien qui justifie l'imposition d'une obligation de diligence. La proximité fait intervenir des facteurs tels que les attentes, les déclarations, la confiance, les biens en cause et les autres intérêts en jeu : arrêt *Cooper*, au paragraphe 34. Elle sera souvent déterminée par référence à des catégories existantes de négligence. Il s'agit d'une question de politique et de pondération des intérêts en présence.

[159] Si une obligation de diligence *prima facie* est établie, le deuxième volet du critère de l'arrêt *Anns* intervient dans des situations inédites et requiert de se demander si des considérations de politique, hormis le lien entre les parties, rendraient peu judicieuse l'imposition d'une obligation de diligence. À ce stade, les considérations de politique sont celles qui concernent « les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général », et elles peuvent comprendre des aspects tels que l'existence d'autres mesures de redressement, le risque d'une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes, le principe ou la nature opérationnelle d'une décision et l'existence d'exonérations possibles de responsabilité : arrêt *Cooper*, au paragraphe 37.

[160] Les demandeurs font valoir que les fonctionnaires de l'immigration de CIC ont une obligation de diligence, qui consiste à traiter de façon opportune les demandes de résidence permanente

duty because the government has undertaken to do something; it has undertaken by statute to process permanent residence applications submitted by Convention refugees.

[161] Referencing subsection 21(2) of the IRPA, the plaintiffs assert that a Convention refugee or protected person “becomes ... a permanent resident if the officer is satisfied that they have made their application in accordance with the regulations and that they are not inadmissible.” The provision is mandatory. Having undertaken to handle and process the applications, there is a duty to carry out the processing of the applications in a non-negligent way.

[162] The plaintiffs turn to the jurisprudence in the context of applications for *mandamus* to support their thesis that the duty of care is one that falls within a recognized category. In all *mandamus* cases, the first requirement is to establish a public duty to act. It is said that the existence of this requirement is beyond debate. Moreover, in *Minister of Employment and Immigration et al. v. Jiminez-Perez et al.*, [1984] 2 S.C.R. 565, the Minister conceded the existence of a duty to process applications for exemption on humanitarian and compassionate grounds (H&C) (now contained in IRPA subsection 25(1)) even though no provision for a statutory right to the application exists (as it does for Convention refugees). Thus, according to the plaintiffs, by analogy, the same is true of a duty of care in the present circumstances and the Crown cannot say otherwise.

[163] Alternatively, the plaintiffs contend that there is a relationship of proximity that indicates a duty of care. First, there is a statutory duty which strongly indicates a *prima facie* duty. Parliament has expressly provided for the protection of members of a defined group, refugees or protected persons, in a specific manner (granting them access to an application for permanent residence). This is not a duty at large, but is a duty to members of this group.

présentées par les réfugiés. Ils disent que cette obligation fait partie d’une catégorie reconnue, parce que l’État s’est engagé à faire quelque chose, en s’engageant par la loi à traiter les demandes de résidence permanente présentées par les réfugiés.

[161] Se référant au paragraphe 21(2) de la LIPR, les demandeurs disent que « devient résident permanent la personne à laquelle la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger a été reconnue [...] dont l’agent constate qu’elle a présenté sa demande en conformité avec les règlements et qu’elle n’est pas interdite de territoire ». La disposition est impérative. Ayant convenu de traiter les demandes, les fonctionnaires de l’immigration de CIC ont l’obligation de le faire de façon non négligente.

[162] Les demandeurs invoquent la jurisprudence relative aux procédures de *mandamus* pour appuyer leur argument selon lequel l’obligation de diligence fait partie d’une catégorie reconnue. Dans toute procédure de *mandamus*, il faut d’abord établir une obligation publique d’agir. On dit que l’existence de cette condition ne fait aucun doute. Par ailleurs, dans l’arrêt *Ministre de l’Emploi et de l’Immigration et al. c. Jiminez-Perez et al.*, [1984] 2 R.C.S. 565, le ministre avait admis l’existence d’une obligation de traiter les demandes de dispense pour des considérations humanitaires ou de compassion (il s’agit aujourd’hui du paragraphe 25(1) de la LIPR), même si aucune disposition légale ne confère le droit de présenter une telle demande (alors que c’est le cas pour les réfugiés au sens de la Convention). Ainsi, selon les demandeurs, par analogie il n’en va pas différemment pour l’obligation de diligence dans le cas présent et la Couronne ne saurait dire le contraire.

[163] Subsidiairement, les demandeurs disent qu’il existe un lien de proximité et que ce lien atteste une obligation de diligence. D’abord, il y a une obligation légale, ce qui donne fortement à penser qu’il existe à première vue une obligation de diligence. Le législateur a expressément prévu la protection des membres d’un groupe défini, les réfugiés ou les personnes protégées, d’une manière spécifique (en leur permettant de présenter des demandes de résidence permanente). Il ne s’agit pas d’une obligation envers le public en général, mais d’une obligation envers les membres de ce groupe.

[164] Next, the plaintiffs submit that refugees, in order to move forward with their lives, have reasonable expectations that their applications for permanent residence will be decided by immigration officials. In this case, the plaintiffs allege that immigration officials made a series of representations to Ms. Haj Khalil that a decision would be rendered in relation to her case. While various officials provided different time frames, she was always told that she would receive a decision. Hence, her reliance on the representations is a factor in establishing the duty to decide her application. The plaintiffs distinguish the case of *Premakumaran v. Canada*, [2007] 2 F.C.R. 191 (F.C.A.); leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed, [2006] 2 S.C.R. xi, relied upon by the Crown, on the basis that it was a case of alleged negligent misrepresentation rather than one wherein the plaintiff sought to establish a duty of care in the processing of applications.

[165] The plaintiffs point to the fact that refugee applications for landing involve deep personal interests in that they result in the provision of a permanent home to refugees who have been forced to flee their country of origin or habitual residence. Many have suffered torture and trauma and seek stability. These interests “support [the] finding of a duty [of care] by Immigration [officials] to process refugee applications for landing.”

[166] Last, and particularly in light of the previous factors, the plaintiffs assert that it was foreseeable by the defendant that refugees will suffer psychological harm if their applications are not processed in a timely manner. In this respect, the plaintiffs rely on the evidence of Janet Dench, Executive Director of the Canadian Council for Refugees (CCR). The CCR is a federally incorporated, national umbrella organization comprised of approximately 175 member agencies that work with and on behalf of refugees and immigrants across Canada. It engages in extensive policy development and consultation on issues falling within its mandate, including professional development regarding refugee and immigrant issues, public education and the sharing

[164] Les demandeurs disent ensuite que, pour pouvoir poursuivre leur vie, les réfugiés ont une attente raisonnable à ce que leurs demandes de résidence permanente soient étudiées par les fonctionnaires de l’immigration. Ils affirment ici que les fonctionnaires de l’immigration ont plusieurs fois annoncé à M^{me} Haj Khalil qu’une décision serait rendue dans son dossier. Divers fonctionnaires lui ont indiqué des délais qui variaient, mais on lui a toujours dit qu’elle obtiendrait une décision. Partant, le fait qu’elle a ajouté foi à ce qu’on lui disait est un facteur qui dictait l’obligation de se prononcer sur sa demande. Les demandeurs font une distinction avec l’arrêt *Premakumaran c. Canada*, [2007] 2 R.C.F. 191 (C.A.F.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2006] 2 R.C.S. xi, un précédent invoqué par la Couronne. Ils disent que ce précédent n’est pas applicable ici parce qu’il s’agissait d’un cas de déclarations inexactes faites par négligence, plutôt que d’un cas où les demandeurs alléguaient l’existence d’une obligation de diligence dans le traitement des demandes.

[165] Les demandeurs font observer que les demandes de droit d’établissement présentées par les réfugiés touchent de profonds intérêts personnels puisqu’elles conduisent à l’attribution d’un lieu permanent de résidence à des réfugiés qui ont été contraints de fuir leur pays d’origine ou leur pays de résidence habituelle. Nombre d’entre eux ont subi la torture et des traumatismes et sont en quête de stabilité. Les intérêts en cause [TRADUCTION] « vont dans le sens de l’existence d’une obligation pour les fonctionnaires de l’immigration de traiter avec diligence les demandes de droit d’établissement présentées par les réfugiés ».

[166] Finalement, et en particulier compte tenu des facteurs précédents, les demandeurs affirment que la défenderesse était à même de prévoir que des réfugiés subiront un préjudice psychologique si leurs demandes ne sont pas traitées de façon opportune. Sur ce point, ils invoquent le témoignage de Janet Dench, directrice générale du Conseil canadien pour les réfugiés (CCR). Le CCR est une organisation nationale constituée en personne morale en vertu des lois fédérales, formée d’environ 175 organismes membres qui œuvrent pour les réfugiés et les immigrants partout au Canada, et qui les représentent. Il s’occupe activement d’élaborer des politiques et d’engager des consultations sur les aspects qui relèvent de son mandat, notamment le

of common concerns and information both within and outside Canada. For more than 10 years, the CCR has engaged in two roundtable meetings per year with CIC and CBSA, since the latter's inception. Additionally, it meets with ministers, other members of Parliament and government officials to discuss policy issues.

[167] Specifically, Ms. Dench testified that in the 1990s, the CCR identified Canada's delays in landing refugees as one of its major concerns. It delineated three principal causes with respect to the delays: (1) the imposition of processing fees in 1994 and the right of landing fee in 1995 (the latter was removed for refugees in 2000); (2) the strict requirement for identity documents which affected in particular Somali and Afghan refugees who did not have and could not obtain documents; and (3) security issues. Ms. Dench spoke of a series of reports and CCR resolutions, which she says were provided to the defendant, dealing with the adverse impact of delays in landing on refugees' lives.

[168] In relation to the second stage of the test, the plaintiffs say that the onus is on the defendant to establish that policy reasons negate the recognition of a duty to process refugee applications for landing in a timely way. In the plaintiffs' view, policy reasons support "recognition of a duty of care in this situation" because it is increasingly recognized that government officials should act without delay in general and if they fail to do so, they should be compelled to do their duty: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*). Further, refugees are "fleeing risk and are required to make their applications for landing in order to ensure that they have permanent safety." Thus, they cannot be said to have been involved in the creation of the risk. Finally, the plaintiffs claim that this case involves the handling of an individual application which is clearly part of the operational aspect of a governmental activity and not immune from the imposition of a duty of care.

développement professionnel intéressant les réfugiés et les immigrants, l'éducation publique et le partage d'intérêts communs et d'informations, tant au Canada qu'à l'étranger. Depuis plus de 10 ans, le CCR participe à deux tables rondes par année avec CIC et l'ASFC, depuis la mise sur pied de cette dernière. Le CCR organise aussi des rencontres avec des ministres, des députés et des fonctionnaires pour l'examen de telle ou telle question de politique.

[167] Plus précisément, M^{me} Dench a témoigné que, durant la décennie 1990, le CCR a établi que l'une de ses principales préoccupations concernait la lenteur du Canada à conférer le droit d'établissement aux réfugiés. Il a décelé trois causes principales pouvant expliquer ce fait : 1) l'imposition de frais de dossier en 1994 et du droit exigé pour l'établissement en 1995 (ce droit a été supprimé pour les réfugiés en 2000); 2) l'obligation rigoureuse de présenter des pièces d'identité, qui s'est révélée difficile à respecter notamment pour les réfugiés somaliens et afghans, qui n'avaient pas de tels documents et ne pouvaient pas en obtenir; 3) les questions de sécurité. M^{me} Dench a parlé d'une série de rapports, ainsi que de résolutions du CCR, qui, dit-elle, ont été remis à la défenderesse, et qui traitaient des conséquences fâcheuses que pouvait avoir sur la vie des réfugiés la lenteur du traitement de leurs demandes de droit d'établissement.

[168] Pour ce qui est du second volet du critère, les demandeurs disent qu'il appartient à la défenderesse d'établir que des raisons de politique feraient qu'elle ne serait pas soumise à l'obligation de traiter de façon opportune les demandes de droit d'établissement présentées par les réfugiés. De l'avis des demandeurs, des considérations de politique militent en faveur de la « reconnaissance d'une obligation de diligence en la matière », parce qu'il est de plus en plus admis que les représentants de l'État doivent en règle générale agir sans retard et que, à défaut, ils doivent être rappelés à leur devoir : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307 (arrêt *Blencoe*). En outre, les réfugiés [TRADUCTION] « fuient les zones à risque et sont forcés de présenter leurs demandes de droit d'établissement pour pouvoir se mettre en permanence à l'abri du danger ». On ne saurait donc dire qu'ils ont participé à l'apparition du risque. Finalement, les demandeurs soutiennent que la présente affaire concerne le traitement d'une demande

[169] At the end of the day, the plaintiffs' claim in negligence must fail. For the reasons that follow, I conclude that there is no private law duty of care owed to the plaintiffs and that causation has not been established in any event.

(a) Duty of care

[170] Regarding the issue of a private law duty of care, I accept the plaintiffs' submission that there is a statutory duty to determine a Convention refugee's application for permanent residence. The jurisprudence of the Federal Court, in the context of applications for *mandamus*, establishes that there is a public legal duty (to act) owing with respect to such applicants. However, it has long been established that breach of a statutory duty does not, in and of itself, indicate the existence of a duty of care. It is but a factor to consider: *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205.

[171] The plaintiffs' reliance on *Brewer Bros. v. Canada (Attorney General)*, [1992] 1 F.C. 25 (C.A.), to support the proposition that a statutory duty provides strong evidence of a private law duty of care, is misplaced. The Federal Court of Appeal concluded that the statute in that case constituted strong evidence of a private law duty of care. The legislative context was such that the statute required the [Canadian Grain] Commission to establish and maintain standards in the interests of grain producers and it required the Commission to be satisfied of the solvency of a proposed elevator operation before issuing a licence. Indeed, the Court held that the Commission's role in duly administering the licensing and bonding provisions of the Act and Regulations was a cardinal component of the Canadian grain trade. Hence, the proximity component was found to be established.

individuelle, traitement qui fait manifestement partie du fonctionnement d'une activité gouvernementale et qui n'est pas soustrait à l'imposition d'une obligation de diligence.

[169] En fin de compte, la réclamation des demandeurs fondée sur la négligence doit échouer. Pour les motifs qui suivent, je conclus qu'on ne leur doit aucune obligation de diligence relevant du droit privé et qu'en tout état de cause, aucun lien de causalité n'a été établi.

a) l'obligation de diligence

[170] S'agissant de l'existence d'une obligation de diligence relevant du droit privé, j'admets l'argument des demandeurs selon lequel la loi impose à la demanderesse une obligation de donner suite aux demandes de résidence permanente présentées par les réfugiés. Dans le contexte des procédures de *mandamus*, il ressort de la jurisprudence de la Cour fédérale qu'il existe, envers ces demandeurs, une obligation légale publique (d'agir). Cependant, il est établi depuis longtemps que l'inobservation d'une obligation légale n'atteste pas, en tant que telle, l'existence d'une obligation de diligence. Ce n'est que l'un des facteurs à considérer : *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205.

[171] Les demandeurs invoquent l'arrêt *Brewer Bros. c. Canada (Procureur général)*, [1992] 1 C.F. 25 (C.A.), à l'appui du point de vue qu'une obligation légale est une preuve solide d'une obligation de diligence de droit privé, mais cet argument ne tient pas. La Cour d'appel fédérale était arrivée à la conclusion que, dans cette affaire-là, la loi applicable constituait une preuve solide de l'existence d'une obligation de diligence de droit privé. De par le contexte légal, la loi applicable obligeait la Commission [canadienne des grains] à établir et à appliquer des normes dans l'intérêt des céréaliers, et elle devait être persuadée de la solvabilité d'une entreprise projetée d'élevateurs avant de délivrer un permis. La Cour d'appel a même jugé que le rôle de la Commission, dans la bonne administration de la Loi et du règlement portant sur les permis et les cautionnements, était un volet crucial du commerce canadien des céréales. Par conséquent, la proximité était établie.

[172] The plaintiffs have not provided any authority wherein delay in an administrative process has been held to constitute a free-standing cause of action. The defendant, on the other hand, has provided a number of authorities, although not necessarily in the context of delay, wherein it was determined that no common law duty of care exists.

[173] In *Premakumaran*, Mr. Justice von Finckenstein [(2005), 33 C.C.L.T. (3d) 307 (F.C.)] allowed a motion for summary judgment and dismissed the plaintiff immigrants' action based on negligent misrepresentation (regarding the conditions governing immigration to Canada for skilled workers) by government officials at the High Commission in London, England. On appeal, the Federal Court of Appeal [above, at paragraph 164] characterized the action of negligent misrepresentation as an existing category. The Court concluded that the trial Judge had correctly found that no special relationship of proximity and reliance was present on the facts of the case.

[174] In *Szyebenyi No. 2*, the plaintiff commenced an action for damages against the Crown for alleged negligence in the handling of his mother's sponsorship application (prior to the refusal of the application). The Federal Court of Appeal affirmed Justice Heneghan's determination that the requisite proximity to give rise to a duty of care had not been established. The Supreme Court of Canada dismissed the application for leave to appeal.

[175] In *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 284 F.T.R. 158 (F.C.) (*Farzam*) the plaintiff brought an action for damages against the Crown alleging that officials of the Department of Citizenship and Immigration, working outside Canada, were negligent in delaying the processing of his wife's application to come to Canada. Justice Martineau determined that no common law duty of care was owed.

[176] In *Paszkowski*, Mr. Justice Mosley allowed a motion for summary judgment and dismissed an action

[172] Les demandeurs n'ont signalé aucun précédent où l'on ait jugé que la lenteur d'un processus administratif crée par elle-même une cause d'action. La défenderesse, quant à elle, a cité plusieurs précédents, même s'ils n'intéressent pas nécessairement la question des lenteurs administratives, où l'on a jugé qu'il n'existe aucune obligation de diligence en common law.

[173] Dans le jugement *Premakumaran*, le juge von Finckenstein [2005 CF 1131] a fait droit à une requête en jugement sommaire et rejeté l'action des immigrants demandeurs fondée sur le fait que des fonctionnaires du Haut-commissariat du Canada à Londres leur avaient donné par négligence des indications inexactes (à propos des conditions régissant l'immigration au Canada des travailleurs qualifiés). Appel fut interjeté devant la Cour d'appel fédérale [précité, au paragraphe 164 des présents motifs], pour qui la déclaration inexacte faite par négligence constituait une catégorie existante. Elle a conclu que le juge de première instance avait eu raison de dire qu'il n'existait dans cette affaire-là aucun lien spécial de proximité et de confiance.

[174] Dans l'arrêt *Szebenyi n° 2*, le demandeur avait déposé une action en dommages-intérêts contre la Couronne, qu'il accusait de négligence dans le traitement de la demande de parrainage qu'il avait présentée pour sa mère (l'action a été déposée avant que la demande de parrainage soit refusée). La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la juge Heneghan selon laquelle la proximité requise pour qu'il y ait obligation de diligence n'avait pas été établie. La Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation de pourvoi.

[175] Dans l'affaire *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1659 (arrêt *Farzam*), le demandeur avait intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne, affirmant que les fonctionnaires du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration qui travaillaient à l'étranger avaient fait preuve de négligence en retardant indûment le traitement de la demande de résidence permanente au Canada présentée par son épouse. Le juge Martineau a estimé que le ministre n'était tenu à aucune obligation de diligence en common law.

[176] Dans le jugement *Paszkowski*, le juge Mosley a fait droit à une requête en jugement sommaire et rejeté

for damages against the Crown allegedly caused by delay in the processing of a permanent residence application. Justice Mosley determined that there was no *prima facie* duty of care because neither foreseeability nor proximity had been established.

[177] In *Benaïssa v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1220 (*Benaïssa*) Prothonotary Lafrenière granted a motion for summary judgment in an action where the plaintiff claimed damages for a delay in processing his permanent residence application. The claim was framed in negligence and a Charter remedy was sought for various Charter breaches. In *obiter*, the Prothonotary concluded that no *prima facie* duty of care was established on the facts pleaded and, in any event, residual policy considerations at the second stage of the (*Cooper*) analysis precluded the imposition of such a duty.

[178] While the cited authorities provide guidance, none is directly on point. *Benaïssa* is closest to the situation before me and, as I noted, the Prothonotary's determination regarding the duty of care was *obiter*. However, it is clear to me that an action against the Crown based on delay in the processing of a Convention refugee's application for permanent residence does not come within a recognized category of relationships giving rise to a duty of care. Imposing such a duty would represent a novel duty at law.

[179] The Crown's position is that neither foreseeability nor proximity is present here. Ms. Haj Khalil's serious clinical depression, allegedly the result of the delay, is too remote. Ms. Dench testified that the CCR did not address specific situations. Nor is there evidence of any discussion between a CCR representative and the defendant in relation to Ms. Haj Khalil. While the CCR reports and resolutions state that delay in processing may cause hardship, they do not suggest the serious long-term medical and psychological conditions of which Ms. Haj Khalil complains.

une action en dommages-intérêts contre la Couronne fondée sur la lenteur du traitement d'une demande de résidence permanente. Il a estimé qu'il n'y avait aucune obligation de diligence *prima facie* parce que ni la prévisibilité ni la proximité n'avaient été établies.

[177] Dans le jugement *Benaïssa c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1220 (arrêt *Benaïssa*), le protonotaire Lafrenière a fait droit à une requête en jugement sommaire dans une action où le demandeur réclamait des dommages-intérêts pour la lenteur du traitement de sa demande de résidence permanente. Le demandeur alléguait la négligence de la Couronne et voulait obtenir réparation au titre de la Charte pour diverses violations de la Charte. Dans une remarque incidente, le protonotaire a conclu qu'aucune obligation *prima facie* de diligence n'avait été établie au vu des faits invoqués et qu'en tout état de cause, les considérations résiduelles de politique, dans le second volet de l'analyse (dans l'arrêt *Cooper*), interdisaient l'imposition d'une telle obligation.

[178] Les précédents cités sont instructifs, mais aucun n'est directement à propos. Le jugement *Benaïssa* est celui qui se rapproche le plus du cas dont je suis saisi et, comme je l'ai dit, la conclusion du protonotaire concernant l'obligation de diligence était une remarque incidente. Cependant, il m'apparaît clair qu'une action engagée contre la Couronne et fondée sur la lenteur du traitement d'une demande de résidence permanente présentée par un réfugié n'entre pas dans une catégorie reconnue de liens donnant lieu à une obligation de diligence. La création d'une telle obligation serait de droit nouveau.

[179] La position de la Couronne est que ni la prévisibilité ni la proximité ne sont présentes ici. La grave dépression de M^{me} Haj Khalil, censément la conséquence de la lenteur de l'examen de son dossier, est trop lointaine. M^{me} Dench a témoigné que le CCR n'examinait pas les cas particuliers. Il n'est pas non plus établi qu'il y a eu des pourparlers entre un représentant du CCR et la défenderesse à propos de M^{me} Haj Khalil. Selon les rapports et les résolutions du CCR, la lenteur du traitement d'un dossier peut être source d'épreuves, mais ils ne font pas apparaître les affections médicales et psychologiques graves et de longue durée dont se plaint M^{me} Haj Khalil.

[180] As for proximity, the Crown maintains that the duty must be grounded in the statute. The imposition of a duty of care would conflict with the defendant's overarching statutory duty to the public.

[181] As noted in *Syl Apps*, the issue of foreseeability can be a complicated question. Here, the alleged misconduct is the delay in the processing of the application. The attributable harm is said to be, among other things, lack of family reunification, loss of income and depression. Even if I were to conclude that the "harm" was foreseeable, the proximity aspect of the analysis is, in my view, insurmountable for the plaintiffs.

[182] *Syl Apps*, the most recent pronouncement from the Supreme Court in relation to the application of the *Anns* test, reiterates the notion that when the relationship occurs in the context of a statutory scheme, the governing statute is a relevant context for assessing the sufficiency of the proximity between the parties.

[183] The governing statute in this matter is the IRPA. As its title signifies, the Act is concerned with matters of immigration and refugee protection. The various objectives with respect to each of these areas are contained in subsections 3(1) and 3(2) of the Act. An objective common to both is: "to protect the health and safety of Canadians and to maintain the security of Canadian society" see paragraphs 3(1)(h) and 3(2)(g).

[184] The objectives unique to refugees specify that the refugee program is in the first instance about "saving lives and offering protection to the displaced and persecuted". Other objectives include: the offering of "safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment"; and supporting the "self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada".

[185] The overarching parliamentary intent of the IRPA is articulated in subsection 3(3) which states that the Act is to be construed and applied in a manner that

[180] Quant à la proximité, la Couronne affirme que l'obligation doit être fondée dans la loi. L'imposition d'une obligation de diligence entrerait en conflit avec l'obligation légale globale de la défenderesse envers le public.

[181] Comme on peut le lire dans l'arrêt *Syl Apps*, la prévisibilité peut être une question complexe. Ici, la présumée inconduite est la lenteur du traitement de la demande. Le préjudice imputable serait, entre autres choses, le non-regroupement familial, le manque à gagner et la dépression. Même si je devais conclure que le « préjudice » était prévisible, le volet de l'analyse qui concerne la proximité est, selon moi, insurmontable pour les demandeurs.

[182] L'arrêt *Syl Apps*, le plus récent à avoir été rendu par la Cour suprême qui traite l'application du critère de l'arrêt *Anns*, répète l'idée selon laquelle, lorsque le lien résulte d'un régime légal, la loi applicable est l'instrument qui permettra de dire si la proximité entre les parties est suffisante ou non.

[183] La loi applicable ici est la LIPR. Comme le dit son titre, cette loi traite des questions d'immigration et de protection des réfugiés. Les divers objets se rapportant à chacun de ces domaines sont définis dans les paragraphes 3(1) et 3(2) de la Loi. Un objet commun aux deux domaines est le suivant : « de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité ». Voir les alinéas 3(1)(h) et 3(2)(g).

[184] Selon l'objet propre aux réfugiés, le programme pour les réfugiés « vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution ». D'autres objets sont les suivants : « offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités », et « encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada ».

[185] L'objet primordial que vise le législateur par la LIPR est exposé au paragraphe 3(3), qui dispose que l'interprétation et la mise en œuvre de la Loi doivent

furtheres the domestic and international interests of Canada.

[186] The right relied upon by the plaintiffs in subsection 21(2) of the IRPA (that upon application in accordance with the regulations, a Convention refugee becomes a permanent resident) is subject to an important qualification. A Convention refugee is eligible for permanent residence only if the refugee is not inadmissible. If inadmissible, permanent residence can be granted only by ministerial exemption. As noted earlier, the power to grant ministerial exemption is non-delegable.

[187] Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada: *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at pages 733-734 (*Chiarelli*). In so doing, it is acting in the public interest.

[188] Returning to *Syl Apps*, Madam Justice Abella, at paragraph 28, states that where “an alleged duty of care is found to conflict with an overarching statutory or public duty, this may constitute a compelling policy reason for refusing to find proximity.” Further, “[s]uch a conflict exists where the imposition of the proposed duty of care would prevent the defendant from effectively discharging its statutory duties.”

[189] The delay in the processing of Ms. Haj Khalil’s application for permanent residence arises in large part as a result of her potential inadmissibility under paragraph 34(1)(f) of the IRPA. The purpose of the legislated inadmissibility provisions is the protection of the public.

[190] Thus, there is the prospect of conflicting duties. To impose a private law duty of care on the relationship between the plaintiff and the defendant’s officials “creates a genuine potential for serious and significant conflict” with the statutory duty to protect the public interest, including the health and safety of Canadians and the maintenance of the security of Canadian society.

avoir pour effet de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international.

[186] Le droit invoqué par les demandeurs, décrit au paragraphe 21(2) de la LIPR (qui dispose que, sur demande présentée en conformité avec les règlements, un réfugié devient résident permanent), est assorti d’une réserve importante. Un réfugié n’est recevable à obtenir la résidence permanente que s’il n’est pas interdit de territoire. S’il est interdit de territoire, la résidence permanente ne peut lui être accordée qu’à la faveur d’une dispense ministérielle. Comme je l’ai dit précédemment, le pouvoir d’accorder une dispense ministérielle ne peut pas être délégué.

[187] Le législateur a le droit d’adopter une politique d’immigration et d’édicter des lois prescrivant les conditions auxquelles un non-citoyen sera autorisé à entrer au Canada et à y demeurer : *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, aux pages 733 et 734 (arrêt *Chiarelli*). Le législateur agit, ce faisant, dans l’intérêt public.

[188] Pour revenir à l’arrêt *Syl Apps*, la juge Abella écrit, au paragraphe 28, qu’« [u]n conflit entre l’obligation de diligence revendiquée et une obligation primordiale de nature publique ou imposée par la loi peut constituer une raison de principe impérieuse pour refuser de conclure à la proximité ». De plus, « [u]n tel conflit existe lorsque l’obligation de diligence proposée empêcherait le défendeur de bien s’acquitter de ses obligations légales ».

[189] Le retard dans le traitement de la demande de résidence permanente de M^{me} Haj Khalil s’explique en grande partie par sa possible interdiction de territoire en application de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. L’objet des dispositions de la LIPR relatives à l’interdiction de territoire est la protection du public.

[190] Il faut donc compter avec la perspective d’obligations antagonistes. Joindre une obligation de diligence de droit privé au lien entre la demanderesse et les fonctionnaires de la défenderesse « crée un risque réel de sérieux conflit » avec l’obligation légale de protéger l’intérêt public, notamment de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité.

[191] The length of time (the delay) taken to process Ms. Haj Khalil's application has been the subject of discussion elsewhere in these reasons. The IRPA does not provide a time limit within which a determination on an application for permanent residence is to be made. In general terms, where delay can be attributed to the statutory duty to protect the public from potentially inadmissible applicants, the potential for conflicting duties is manifest. If the Court were to find a private law duty of care was owed to individual applicants, what then of the public interest? Would the defendant's officials' duty to thoroughly investigate an applicant's potential inadmissibility be compromised because of an applicant's expectations regarding the length of time needed to process the application? Could not the imposition of such a duty result in a "chilling effect" on the defendant's officials if they were hesitant to engage in a complete investigation for fear that it could attract criticism or worse, an action for damages? To find a private law duty of care based merely on delay would compromise the paramount duty of the defendant's officials to protect the public interest.

[192] Ms. Haj Khalil's reasonable expectation, in fact, is that she will obtain permanent residence (transcript, at page 6063). There is no guarantee that will be the case. She does not suggest, nor could she, that she has a right to permanent residence. She argues, in general terms, that refugees, who are fleeing risk, require permanent residence for permanent safety. They cannot be said to have "been involved in the creation of the risk." That may be true with respect to the risk from which Ms. Haj Khalil fled (persecution), but it is not to be conflated with creation of the risk in relation to the alleged negligence. The acquisition of permanent residence is inextricably linked to the provision of accurate and truthful information by an applicant. The failure to provide such information constitutes a factor that will be weighed in the eventual determination. It may well be seen as a contributing factor to the risk of not being ultimately successful.

[193] Proximity, above all, is a question of policy and a balancing of interests. Although Ms. Haj Khalil does not yet have a determination with respect to her

[191] Le temps requis jusqu'à maintenant pour traiter la demande de M^{me} Haj Khalil a été examiné ailleurs dans les présents motifs. La LIPR ne prévoit aucun délai à l'intérieur duquel il doit être statué sur une demande de résidence permanente. De manière générale, si le retard peut être attribué à l'obligation légale de protéger le public contre les demandeurs susceptibles d'interdiction de territoire, la possibilité d'obligations contradictoires est manifeste. Si la Cour devait conclure que tel ou tel demandeur est visé par une obligation de diligence relevant du droit privé, qu'en est-il alors de l'intérêt public? L'obligation des fonctionnaires de la défenderesse d'étudier à fond l'interdiction possible de territoire d'un demandeur doit-elle être reléguée au second plan à cause des attentes du demandeur quant au temps nécessaire pour étudier son dossier? L'imposition d'une telle obligation ne risque-t-elle pas d'avoir un « effet paralysant » sur les fonctionnaires de la défenderesse s'ils hésitaient à entreprendre une enquête en règle par crainte qu'elle puisse susciter la critique ou, pire, se solder par une action en dommages-intérêts? Conclure à l'existence d'une obligation de diligence de droit privé du simple fait qu'il y a eu retard mettrait en péril l'obligation supérieure des fonctionnaires de la défenderesse de protéger l'intérêt public.

[192] L'attente raisonnable de M^{me} Haj Khalil est en réalité l'espoir qu'elle obtiendra la résidence permanente (transcription, à la page 6063). Rien ne lui garantit que tel sera le cas. Elle ne prétend pas, ni ne pourrait prétendre, qu'elle a droit à la résidence permanente. Elle fait valoir, en termes généraux, que les réfugiés, qui fuient le danger, ont besoin d'une résidence permanente pour assurer leur sécurité. On ne saurait dire qu'ils « ont pris part à la création du risque ». Sans doute cela est-il vrai pour le risque dont M^{me} Haj Khalil a voulu s'éloigner (la persécution), mais il ne faut pas confondre ce risque avec le risque qui serait créé par la faute alléguée. L'acquisition de la résidence permanente est inextricablement liée à l'obligation pour le candidat de fournir des renseignements exacts et véridiques. À défaut, c'est là une omission qui pèsera dans la décision finale. La non-production des renseignements nécessaires par un demandeur peut fort bien constituer un facteur de risque pour l'issue de la demande.

[193] La proximité, par-dessus tout, est une question de politique et de pondération d'intérêts. M^{me} Haj Khalil ne sait pas encore à quoi s'en tenir concernant sa

application for permanent residence, she has certainly been the beneficiary of safe haven and protection. In my view, the proximity of the relationship required to establish a *prima facie* duty of care is not present in this case. However, even if I had concluded otherwise, residual policy considerations would negate the imposition of a duty of care.

[194] In *Syl Apps*, Justice Abella noted that an alternative remedy was available to the appellants. It is on this point that I find the defendant Crown's comments regarding the availability of *mandamus* most compelling.

[195] The IRPA constitutes a comprehensive scheme for immigration matters: *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394. The scheme is an administrative regime whereby judicial review by the Federal Court lies with respect to any matter, upon leave being granted (IRPA subsection 72(1)).

[196] I reiterate that Ms. Haj Khalil received a negative admissibility decision in February of 2000. She applied for leave and judicial review on March 15, 2000. By order of the Federal Court dated November 16, 2001, the matter was remitted for redetermination. On November 21, 2001, Ms. Haj Khalil's counsel received correspondence from CIC counsel advising that although a new decision could not be rendered within two weeks (as requested) the application would not be put in the "ordinary queue." Rather, because the matter had been returned by the Federal Court, there would be an attempt to "expeditiously deal" with the application (Exhibit P-64).

[197] An order of *mandamus* compels the performance of a statutory duty owed to an applicant. It is common ground that the Federal Court regularly grants *mandamus* orders in immigration matters as evidenced by the plethora of jurisprudence tendered by the parties.

[198] In *Blencoe*, Mr. Justice LeBel stated, at paragraph 149, that "[t]oday, there is no doubt that *mandamus* may be used to control procedural delays." Commenting on the abhorrence of delay, he said, at paragraph 150, "[i]n our system's development of the

demande de résidence permanente, mais elle a certainement bénéficié d'un havre et d'une protection. Selon moi, la proximité du lien requise pour établir une obligation *prima facie* de diligence n'est pas présente ici. Cependant, même si j'avais conclu autrement, les considérations résiduelles de politique auraient pour effet de nier l'existence d'une obligation de diligence.

[194] Dans l'arrêt *Syl Apps*, la juge Abella faisait observer que les appelants disposaient d'un recours subsidiaire. C'est sur ce point que les observations de la Couronne défenderesse concernant la possibilité d'obtenir le *mandamus* m'apparaissent particulièrement convaincantes.

[195] La LIPR constitue un régime complet pour les questions d'immigration : *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394. Il s'agit d'un régime administratif dans lequel, une fois l'autorisation accordée (paragraphe 72(1) de la LIPR), la Cour fédérale est compétente pour exercer un contrôle judiciaire sur toute question.

[196] Je rappelle que M^{me} Haj Khalil a été déclarée interdite de territoire en février 2000. Elle a présenté une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire le 15 mars 2000. Par ordonnance de la Cour fédérale en date du 16 novembre 2001, l'affaire a été renvoyée pour nouvelle décision. Le 21 novembre 2001, l'avocate de M^{me} Haj Khalil recevait de l'avocat de CIC une lettre qui l'informait que, même si une nouvelle décision ne pouvait être rendue dans un délai de deux semaines (comme demandé), la demande ne serait pas placée dans la « file d'attente ordinaire ». Au lieu de cela, et parce que l'affaire avait été renvoyée par la Cour fédérale, on s'efforcera de « traiter avec célérité » la demande (pièce P-64).

[197] Une ordonnance de *mandamus* a pour effet de forcer l'accomplissement d'une obligation légale due au demandeur. Les parties s'accordent à dire que la Cour fédérale rend souvent des ordonnances de *mandamus* dans les dossiers d'immigration, ainsi que l'atteste l'abondante jurisprudence citée par les parties.

[198] Dans l'arrêt *Blencoe*, le juge LeBel écrivait, au paragraphe 149 : « De nos jours, il ne fait aucun doute que le *mandamus* peut servir à limiter les délais procéduraux. » S'exprimant sur l'aversion qu'inspirent les retards, il ajoutait, au paragraphe 150 : « Dans notre

courts' supervisory role over administrative processes through mandamus, we see a crystallizing potential to compel government officers to do their duty and, in so doing, to avoid delay in administrative processes."

[199] In a similar vein, the Supreme Court of Canada, in *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, [2007] 2 S.C.R. 793, a matter involving a tax assessment under section 160 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, stated at paragraph 10:

The Minister is granted the discretion to reassess the taxpayer at any time. This does not mean that the exercise of this discretion is never reviewable. However, in light of the words "at any time" used by Parliament in s. 160 *ITA*, the length of the delay before a decision on assessing a taxpayer is made does not suffice as a ground for judicial review, except, perhaps, inasmuch as it allows for a remedy like mandamus to prod the Minister to act with due diligence once a notice of objection has been filed. Moreover, in the case at bar, the allegations of fact in the statement of claim do not disclose any reason why it would have been impossible to deal with the tax liability issues relating to either the underlying tax assessment against York or the assessments against the respondents through the regular appeal process.

[200] In my view, the Supreme Court has signalled that the appropriate remedy, in matters of administrative delay, is a request for an order of *mandamus*.

[201] When a decision was not forthcoming in this matter, it was open to Ms. Haj Khalil, armed with the order of the Federal Court and the correspondence of CIC counsel, to commence an application for leave and judicial review requesting an order of *mandamus* along with whatever other administrative law remedies she deemed appropriate. In this respect, I note that declaratory relief is available on judicial review: *Moktari v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] 2 F.C. 341 (C.A.) and the Court has jurisdiction to hear constitutional challenges with respect to the validity of legislation: *Moktari; Gwala v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 3 F.C. 404 (C.A.).

régime de common law, la reconnaissance du rôle de surveillance par voie de mandamus que les cours de justice exercent sur les procédures administratives est perçue comme traduisant la possibilité de contraindre les fonctionnaires de l'État à faire leur devoir et, ce faisant, à éviter les délais dans le déroulement des procédures administratives. »

[199] Dans le même esprit, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, [2007] 2 R.C.S. 793, où il s'agissait d'un avis de cotisation délivré en vertu de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, s'exprimait ainsi, au paragraphe 10 :

Le ministre dispose du pouvoir discrétionnaire d'établir une nouvelle cotisation à l'égard d'un contribuable en tout temps. Cela ne veut pas dire que l'exercice de ce pouvoir ne peut jamais faire l'objet d'un contrôle. Toutefois, en raison du terme « en tout temps » à l'art. 160 de la *LIR*, la longueur du délai écoulé avant qu'il soit décidé d'établir une cotisation à l'égard d'un contribuable ne suffit pas à fonder un contrôle judiciaire, sauf, peut-être, s'il s'agit d'autoriser un recours comme le *mandamus* pour inciter le ministre à faire preuve de diligence raisonnable une fois l'avis d'opposition déposé. De plus, en l'espèce, les allégations de fait dans la déclaration n'expliquent pas pourquoi il aurait été impossible d'examiner les questions relatives à l'obligation fiscale, tant en ce qui a trait à la cotisation fiscale sous-jacente établie à l'encontre de York qu'aux cotisations établies à l'égard des intimés au cours d'une procédure d'appel normale.

[200] Selon moi, la Cour suprême a signalé que le recours qui s'impose, lorsqu'il y a un retard dans des procédures administratives, est une requête en *mandamus*.

[201] La décision se faisant attendre dans la présente affaire, il était loisible à M^{me} Haj Khalil, armée de l'ordonnance de la Cour fédérale et de la lettre de l'avocat de CIC, de déposer une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus*, ainsi que les autres recours de droit administratif qu'elle jugeait opportuns. Sur ce point, je relève qu'une procédure de contrôle judiciaire peut déboucher sur un jugement déclaratoire : *Moktari c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] 2 C.F. 341 (C.A.), et que la Cour a compétence pour statuer sur les contestations constitutionnelles portant sur la validité d'un texte de loi : arrêts *Moktari* et *Gwala c. Canada (Ministre de la*

[202] My colleagues, Justice Martineau in *Farzam*, and Prothonotary Lafrenière in *Benaissa*, have determined that an application for judicial review seeking an order for *mandamus* is the appropriate remedy in situations where there is an allegation of improper delay. Further, having determined that no *prima facie* duty of care exists, the determination of the British Columbia Court of Appeal in *Morgan* is apposite.

[203] Another related concern raised by the defendant Crown is the right of appeal to the Federal Court of Appeal. In the normal course, immigration cases (being matters of administrative law) proceed by way of judicial review. An appeal lies to the Federal Court of Appeal when a judge of the Federal Court certifies that a serious question of general importance is involved and states the question (IRPA, paragraph 74(d)). By avoiding the alternative administrative law remedy, the plaintiffs are able to circumvent the requirements of the legislation (and the intent of Parliament), go directly to the Federal Court of Appeal, and bypass the certification process.

[204] Further, the attendant delay necessarily entailed in litigation (due to production, examinations for discovery and the like) allows for the effect of the delay to continue with potential aggravation of the alleged harm during the period in which the action follows its course. The present matter is illustrative. The statement of claim was issued on November 4, 2003. The trial commenced three years and five months later and, even then, the parties would have preferred a later date. According to Ms. Haj Khalil, her condition deteriorated significantly during that time frame. Had she sought judicial review for an order of *mandamus*, she could have obtained what she claims to want: a decision.

[205] The cost to society is an additional factor. The plaintiffs are in receipt of legal aid which is funded by taxpayers. The cost of pursuing the administrative law remedy pales in comparison to the cost of a trial that encompasses some two and one half months and

Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 3 C.F. 404 (C.A.).

[202] Mes collègues le juge Martineau, dans la décision *Farzam*, et le protonotaire Lafrenière, dans la décision *Benaissa*, ont jugé qu'une demande de contrôle judiciaire en vue d'une ordonnance de *mandamus* est le recours qui convient dans les cas où un retard abusif est allégué. De plus, puisque j'ai conclu qu'il n'existe aucune obligation *prima facie* de diligence, l'arrêt *Morgan* de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est tout à fait pertinent.

[203] Un autre point connexe soulevé par la Couronne défenderesse est le droit d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale. En temps normal, les affaires d'immigration (qui relèvent du droit administratif) suivent leur cours par voie de contrôle judiciaire. Appel peut être interjeté devant la Cour d'appel fédérale lorsqu'un juge de la Cour fédérale certifie que l'affaire suscite une question grave de portée générale et qu'il énonce la question (alinéa 74d) de la LIPR). En éludant le recours subsidiaire de droit administratif, les demandeurs sont en mesure de contourner les exigences du texte de loi (et la volonté du législateur), de s'adresser directement à la Cour d'appel fédérale et de court-circuiter ainsi la procédure par laquelle sont certifiées les questions graves de portée générale.

[204] En outre, les lenteurs que comporte nécessairement un litige (en raison de la production de documents, des interrogatoires préalables et le reste) ont pour effet de prolonger le retard initial, avec aggravation possible du présumé préjudice durant la période au cours de laquelle l'action suit son cours. La présente affaire en est une bonne illustration. La déclaration a été produite le 4 novembre 2003. Le procès a débuté trois ans et cinq mois plus tard et, même alors, les parties auraient préféré une date plus tardive. Selon M^{me} Haj Khalil, son état s'est détérioré sensiblement durant cette période. Si elle avait sollicité un contrôle judiciaire visant une ordonnance de *mandamus*, elle aurait pu obtenir ce qu'elle dit vouloir : une décision.

[205] Le coût assumé par la société est un autre facteur. Les demandeurs bénéficient de l'aide juridique, qui est financée par les contribuables. Le coût du recours de droit administratif est négligeable si on le compare au coût d'un procès qui s'étend sur quelque deux mois et

involves the appearance of six expert witnesses and numerous public servants.

[206] In my view, there are strong residual policy considerations that militate in favour of the negation of an imposition of a private law duty of care in circumstances where, as here, the individual has not pursued the relief available under the administrative regime. The administrative scheme offers a solution to Ms. Haj Khalil's stated problem: "to process refugee applications in a timely way" (transcript, at pages 5222 and 5227).

[207] There are other policy considerations that make it unwise to impose a private law duty of care. These considerations have been relied upon in *Farzam*, *Benaissa* and *Paszkowski* and include the following: simple mistakes or errors in the processing of applications do not give rise to a right of compensation; the spectre of indeterminate liability would loom large if a common law duty of care was recognized based solely on the negative impact of delay on an applicant as opposed to actual misconduct on the part of immigration officers; the imposition of a duty of care would hamper the effective performance of the system of immigration control. The last factor was also considered in the proximity analysis. However, the possibility of overlap of some considerations may exist: *Cooper*, at paragraph 27. In the end, my colleagues concluded that it would not be just, fair and reasonable for the law to impose a private law duty of care on those responsible for the administrative implementation of immigration policies, absent evidence of bad faith, misfeasance or abuse of process. I agree.

[208] All of which is to say that strong residual policy considerations exist which, even if a *prima facie* duty of care were established, negate the imposition of a private law duty of care in this case.

(b) Causation

[209] Even if I had found that a private law duty of care exists and was breached, the plaintiffs have not discharged the burden of demonstrating that the alleged

demi et qui requiert la comparution de six témoins experts et de nombreux fonctionnaires.

[206] Selon moi, de puissantes considérations résiduelles de politique militent contre l'imposition d'une obligation de diligence de droit privé dans un cas où, comme ici, l'intéressée ne s'est pas prévalu du recours que lui offrait le régime administratif. Le régime administratif offre une solution aux difficultés déclarées de M^{me} Haj Khalil [TRADUCTION] : « traiter les demandes du statut de réfugié de façon opportune » (transcription, aux pages 5222 et 5227).

[207] D'autres considérations de politique font qu'il est peu judicieux d'imposer une obligation de diligence de droit privé. Ces considérations, qui ont été invoquées dans les affaires *Farzam*, *Benaissa* et *Paszkowski*, comprennent les suivantes : les simples erreurs commises dans le traitement de demandes ne font pas naître un droit à indemnité; le spectre d'une responsabilité indéterminée serait préoccupant si une obligation de diligence en common law était reconnue du seul fait des conséquences fâcheuses d'un retard sur un demandeur plutôt qu'en raison de la faute réelle de fonctionnaires de l'immigration; l'imposition d'une obligation de diligence entraverait le bon fonctionnement du système de contrôle de l'immigration. Le dernier facteur a aussi été pris en compte dans l'examen de la proximité. Cependant, le chevauchement de certaines considérations n'est pas impossible : arrêt *Cooper*, au paragraphe 27. Finalement, mes collègues sont arrivés à la conclusion qu'il ne serait pas juste, équitable et raisonnable en droit, sauf mauvaise foi, action fautive ou abus de procédure, d'imposer une obligation de diligence de droit privé à ceux qui sont chargés d'appliquer la politique d'immigration. Je partage leur avis.

[208] J'arrive à la conclusion que de puissantes considérations résiduelles de politique font que, même si une obligation *prima facie* de diligence était établie, l'imposition ici d'une obligation de diligence de droit privé n'est pas de mise.

b) le lien de causalité

[209] Même si j'avais conclu qu'une obligation de diligence de droit privé existe et qu'elle n'a pas été remplie, les demandeurs ne se sont pas acquittés du

harm was caused by the negligence of the defendant Crown. The link (causation) between the “delay” and the “damage” has not been established on a balance of probabilities.

[210] The primary thrust of Ms. Haj Khalil’s various allegations is that the delay in determining her application for permanent residence has resulted in her depression. She includes her inability to pursue studies at St. Clair College (because of her ineligibility as a non-landed Convention refugee to qualify for an OSAP loan) and her inability to obtain employment (because of a SIN that begins with a 900 series) as contributing factors. She contends that these factors could have been eliminated had the defendant processed her application in a timely manner. In the words of her counsel: “Nawal Haj Khalil suffered difficulties finding work related to her 900-series social insurance number. Her psychological condition, combined with her rejection from various jobs, combined by the time she moved to Ottawa in 2003 to make her unable to face searching for work — to face being asked questions about her background from anyone, and the suspicion with which she felt [she was] viewed.” Ms. Haj Khalil also claims that she “suffered and suffers long-term separation from her husband.”

[211] The plaintiffs did not call medical evidence nor did Ms. Haj Khalil tender a medical report from any of her physicians or specialists. The notes from the medical records of her attending physicians were entered as exhibits on consent. They are of limited assistance and very little weight, if any, can be attached to them. Under the circumstances, they do not constitute proof of the truth of their contents. During the presentation of the defendant’s case, and after considerable jockeying between the parties, the Crown determined that it would call Dr. John Dimmock, Ms. Haj Khalil’s treating psychiatrist. At the conclusion of Dr. Dimmock’s evidence, the plaintiffs’ counsel indicated that she would be making a motion to call rebuttal or reply evidence (transcript, at pages 4918-4924). After hearing fulsome argument, I rejected the plaintiffs’ request on the basis that it constituted an attempt to divide the evidence between the plaintiffs’ case in chief and reply

fardeau de prouver que le présumé préjudice a été causé par la faute de la défenderesse. Le lien de causalité entre le « retard » et le « préjudice » n’a pas été établi selon la prépondérance de la preuve.

[210] Le point essentiel des diverses allégations de M^{me} Haj Khalil est que la lenteur du traitement de sa demande de résidence permanente est à l’origine de sa dépression. Elle donne comme facteurs ayant contribué à son état le fait qu’il lui a été impossible de poursuivre des études au Collège St. Clair (parce qu’elle n’était pas admissible à un prêt du RAFEO en tant que réfugiée n’ayant pas le droit d’établissement) et le fait qu’elle n’a pu obtenir un emploi (parce que son NAS commence par le chiffre « 9 »). Elle dit que ces inconvénients auraient pu lui être évités si la défenderesse avait traité sa demande à point nommé. Selon les mots de son avocate : [TRADUCTION] « Nawal Haj Khalil a eu du mal à trouver un travail en raison de son numéro d’assurance sociale de la série 900. Son état psychologique, à quoi s’ajoute le fait que divers emplois lui ont été refusés, a eu pour résultat que, lorsqu’elle est venue s’installer à Ottawa en 2003, il lui a été impossible d’affronter les difficultés de chercher un travail, de répondre aux questions de n’importe qui à propos de son passé, et de supporter les soupçons que, croyait-elle, on faisait peser sur elle. » M^{me} Haj Khalil dit aussi qu’elle [TRADUCTION] « a souffert et souffre encore d’une longue séparation d’avec son mari ».

[211] Les demandeurs n’ont produit aucune preuve de nature médicale, et M^{me} Haj Khalil n’a pas non plus produit le rapport médical de l’un de ses médecins ou spécialistes. Les notes extraites des dossiers médicaux de ses médecins traitants ont été produites comme pièces, par consentement des parties. Elles n’ont guère d’utilité et l’on ne peut leur accorder que très peu de poids, voire aucun. Cela étant, elles ne prouvent pas la véracité de leur contenu. Durant la présentation de la cause de la défenderesse, et après plusieurs manœuvres par les parties, la Couronne a décidé de citer à témoigner le Dr John Dimmock, le psychiatre de M^{me} Haj Khalil. À la fin du témoignage du Dr Dimmock, l’avocate des demandeurs a dit qu’elle présenterait une requête en production d’une réfutation ou d’une contre-preuve (transcription, aux pages 4918 à 4924). Après avoir entendu des arguments complets, j’ai rejeté la requête des demandeurs au motif qu’elle constituait une tentative

and was not proper reply or rebuttal evidence. I also determined that the circumstances were not such that I should exercise discretion to admit the evidence notwithstanding that it did not constitute proper reply evidence (transcript, at pages 5160-5188).

[212] Dr. Dimmock was declared an expert witness in psychiatry, specifically depression, post-traumatic stress disorder (PTSD) and the intersection of fibromyalgia and psychiatry. The plaintiffs did not cross-examine on Dr. Dimmock's qualifications and no objection was taken to the declaration of expertise.

[213] Dr. Dimmock has been a psychiatrist for more than 30 years. He began seeing Ms. Haj Khalil on a monthly basis in November 2003, after she was referred to him by her family physician, Dr. Basta. Her most recent appointment with him was on March 14, 2007.

[214] Dr. Dimmock described Ms. Haj Khalil as an intelligent woman willing to be involved in therapy. She did not question that she needed help and she sought it. She was willing to discuss her issues openly, except for her relationship with her husband (because her religion prohibited it).

[215] In Dr. Dimmock's opinion, Ms. Haj Khalil suffers from dysthymia (long-term depression) which he described as "chronic sadness." If exacerbating factors present, there could be episodes of major depressive disorder. He believed that Ms. Haj Khalil had experienced episodes of major depressive disorder and could be suicidal during those times. He explained that the distinction between the two diseases is that major depressive disorder "tends to be more of a biochemical issue and is more responsive to antidepressive medication" than dysthymia, which does "not usually respond to medication." Dysthymia "waxes and wanes" because it is a chronic disease. Ms. Haj Khalil exhibited anhedonia (lack of interest in life) along with general somatic issues (poor sleep, fatigue). He also felt that Ms. Haj Khalil exhibited traits of a passive aggressive personality. Passive aggressive personalities

de séparer la preuve des demandeurs entre la preuve principale et la contre-preuve et qu'il ne s'agissait pas d'une contre-preuve ou réfutation valide. J'ai conclu également que les circonstances n'étaient pas telles que je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire et admettre la preuve alors même qu'elle ne constituait pas une contre-preuve valide (transcription, aux pages 5160 à 5188).

[212] Le D^r Dimmock a été déclaré témoin expert en psychiatrie, plus exactement spécialisé dans la dépression, le syndrome de stress post-traumatique (SSPT) et le lien entre la fibromyalgie et la psychiatrie. Les demandeurs n'ont pas contre-interrogé le D^r Dimmock sur ses compétences, et nul ne s'est opposé à ce qu'il soit déclaré témoin expert.

[213] Le D^r Dimmock est psychiatre depuis plus de 30 ans. Il a commencé de voir M^{me} Haj Khalil chaque mois à partir de novembre 2003, après que son médecin de famille, le D^r Basta, l'eut dirigée vers son cabinet. Le rendez-vous le plus récent de M^{me} Haj Khalil chez le D^r Dimmock a eu lieu le 14 mars 2007.

[214] Le D^r Dimmock a décrit M^{me} Haj Khalil comme une femme intelligente et disposée à suivre une thérapie. Elle ne contestait pas qu'elle avait besoin d'aide, et elle souhaitait cette aide. Elle était disposée à parler ouvertement de ses difficultés, sauf de sa relation avec son mari (parce que sa religion le lui interdisait).

[215] De l'avis du D^r Dimmock, M^{me} Haj Khalil souffre de dysthymie (dépression de longue durée), qu'il a décrite comme une « tristesse chronique ». En présence de facteurs aggravants, il pourrait y avoir des épisodes de trouble dépressif majeur. Il croyait que M^{me} Haj Khalil avait connu des épisodes de trouble dépressif majeur et que durant de telles périodes elle a pu songer au suicide. Il a expliqué que la distinction entre les deux maladies est que le trouble dépressif majeur [TRADUCTION] « est en général une affection biochimique qui est plus réceptive aux antidépresseurs » que la dysthymie, laquelle [TRADUCTION] « ne répond pas en général aux médicaments ». La dysthymie [TRADUCTION] « apparaît et disparaît » parce que c'est une maladie chronique. M^{me} Haj Khalil manifestait une anhédonie (perte du plaisir de vivre), accompagnée de difficultés somatiques générales (troubles de sommeil, fatigue). Il croyait

“tend to self distract” and are “very reluctant to give up their negative thinking.”

[216] Dr. Dimmock stated that Ms. Haj Khalil suffered from physical infirmities as a result of fibromyalgia or osteoarthritis. She limped and reported that she required a hip replacement. She had problems with her hands. She also claimed to have deep vein thrombosis. She was prone to headaches that were precipitated by stress. She was in pain. Acknowledging that it was not his area of expertise, he stated that osteoarthritis is a “wear and tear” type of disease and is progressive. Fibromyalgia, on the other hand, does not follow a clean clinical course and is a vague soft tissue disease that results in swelling and pain in various trigger points.

[217] In Dr. Dimmock’s opinion, Ms. Haj Khalil’s depression was long standing. He noted that the referral from Dr. Basta indicated a history of depression since 1996 (Ms. Haj Khalil acknowledged in her evidence that as early as 1996 she reported to various physicians being depressed) but Dr. Dimmock’s view was that the depression dated “back that far, if not further.”

[218] Based on his observations, Dr. Dimmock did not subscribe to the view that Ms. Haj Khalil’s depression was the result of PTSD, or that she suffered from PTSD. By definition, she probably had it in the late 1970s (because it would have manifested itself soon after the 1978 torture). It would not have been severe because the disorder is not compatible with her repeated returns to Syria. Avoidance is a primary criteria. The “avoidance” factor, coupled with the 27-year gap between the incident of trauma and the present, is a strong indication that the patient is not suffering from PTSD.

[219] It was Dr. Dimmock’s opinion that the major exacerbating factor regarding Ms. Haj Khalil’s chronic depression is her pain and the difficulties with fibromyalgia or arthritis. Pressed on cross-examination regarding her “immigration” problems, he opined that

également que M^{me} Haj Khalil manifestait les caractéristiques d’une personnalité passive-agressive. Les personnalités passives-agressives « tendent à s’autodistraire » et « renoncent très difficilement à leurs pensées négatives ».

[216] Le D^r Dimmock a dit que M^{me} Haj Khalil souffrait d’infirmités physiques causées par la fibromyalgie ou l’arthrose. Elle claudiquait et disait qu’elle avait besoin d’un remplacement de la hanche. Elle avait de la difficulté à se servir de ses mains. Elle affirmait aussi souffrir d’une thrombose veineuse profonde. Elle était encline aux maux de tête causés par la tension. Elle souffrait. Reconnaissant que ce n’était pas là son domaine de spécialisation, le D^r Dimmock a dit que l’arthrose est une maladie « d’usure » et qu’elle est progressive. La fibromyalgie, quant à elle, ne suit pas un itinéraire clinique précis, car il s’agit d’une vague maladie des tissus mous qui entraîne de l’enflure et des douleurs à divers points déclics.

[217] De l’avis du D^r Dimmock, M^{me} Haj Khalil souffrait de dépression depuis longtemps. Il a relevé que le dossier que lui avait envoyé le D^r Basta faisait état d’une dépression qui remontait à 1996. (M^{me} Haj Khalil a reconnu dans son témoignage que, dès 1996, elle avait signalé sa dépression à divers médecins.) D’après le D^r Dimmock, la dépression [TRADUCTION] « remontait à cette date, sinon avant ».

[218] Se fondant sur ses observations, le D^r Dimmock n’a pas admis que la dépression de M^{me} Haj Khalil était le résultat du SSPT, ni qu’elle souffrait du SSPT. Par définition, elle en avait probablement souffert à la fin des années 1970 (parce qu’il se serait manifesté peu après la torture de 1978). Son SSPT n’était sans doute pas d’une réelle gravité parce qu’il n’est pas compatible avec ses retours fréquents en Syrie. L’évitement est un critère essentiel. Le facteur d’« évitement », ce à quoi s’ajoute l’intervalle de 27 ans depuis qu’est apparu le traumatisme, donne fortement à penser que la patiente ne souffre pas du SSPT.

[219] Le D^r Dimmock a exprimé l’avis que le principal facteur aggravant en ce qui concerne la dépression chronique de M^{me} Haj Khalil est sa douleur et les difficultés qui résultent de la fibromyalgie ou de l’arthrite. Prié en contre-interrogatoire de s’exprimer sur

the immigration problem was a factor, but one of a multitude of less significant factors that contributed to, rather than caused, the depression. “Immigration was a small part of the overall process.” He noted that she had been functioning fairly well until the onset of the arthritis or fibromyalgia difficulties.

[220] Dr. Dimmock’s objective was to “change negative behaviour” by means of cognitive restructuring. The litigation (related to immigration) in which Ms. Haj Khalil was involved, in his view, undermined the therapeutic process from the outset. He testified that the litigation, and the secondary gain issues associated with it, interfered with therapy and hindered Ms. Haj Khalil’s progress. He observed a correlation between her “legal situation” and “fluctuations in depression.” Overall, it was his opinion that the litigation situation led to secondary gain issues in terms of Ms. Haj Khalil’s symptoms and if the litigation were over, one would see more clearly that any “PTSD symptoms are secondary gain issues.”

[221] On cross-examination, Ms. Haj Khalil’s counsel forcefully challenged Dr. Dimmock’s conclusions. Confronted with a question regarding his experience with Convention refugees, he conceded that he did not have extensive experience with refugees. Indeed, he had only dealt with two or three refugees over the course of his career. He had never researched “refugee immigration problems.” He did not view depression in Convention refugees as being different than depression in the general population.

[222] Counsel suggested that the term “secondary gain” was suggestive of “faking,” “exaggerating” or “malingering.” Dr. Dimmock indicated that counsel’s descriptors were demeaning and that the “secondary gain” of which he spoke was “more of an unconscious motivator.” Ms. Haj Khalil, in his mind, was genuinely looking for help. When confronted with a question as to why he did not delve deeper into immigration research, his response was that whatever the problem (or problems) with immigration, it was not a psychiatric

les problèmes de sa patiente liés à l’immigration, le D^r Dimmock a dit que le dossier d’immigration était un facteur, mais l’un seulement d’une multitude de facteurs moins importants qui contribuaient à la dépression, sans pour autant en être à l’origine. [TRADUCTION] « Le dossier d’immigration n’a joué qu’un petit rôle dans le processus global. » Il a relevé qu’elle avait assez bien fonctionné avant que n’apparaisse l’arthrite ou la fibromyalgie.

[220] L’objectif du D^r Dimmock était de « modifier le comportement négatif » par une restructuration cognitive. Selon lui, le litige (lié à l’immigration) auquel M^{me} Haj Khalil était mêlée avait compromis d’emblée le processus thérapeutique. Il a témoigné que le litige, et la question des bénéfices secondaires qui s’y rattache, avait entravé la thérapie et limité l’amélioration de l’état de M^{me} Haj Khalil. Il a observé une corrélation entre sa « situation juridique » et les « fluctuations de sa dépression ». Globalement, il était d’avis que le contexte litigieux était source de bénéfices secondaires relativement aux symptômes de M^{me} Haj Khalil et que, si ce contexte disparaissait, on constaterait plus clairement que [TRADUCTION] « les symptômes du SSPT constituent des bénéfices secondaires ».

[221] En contre-interrogatoire, l’avocate de M^{me} Haj Khalil a énergiquement contesté les conclusions du D^r Dimmock. Quand elle lui a demandé quelle était son expérience auprès des réfugiés, le D^r Dimmock a admis qu’il n’avait pas une grande expérience des réfugiés. Il n’avait d’ailleurs eu affaire qu’à deux ou trois réfugiés au cours de sa carrière. Il n’avait jamais exploré les « difficultés des réfugiés en matière d’immigration ». Selon lui, la dépression dont souffraient certains réfugiés au sens de la Convention n’était pas différente de celle que l’on trouvait dans la population en général.

[222] L’avocate a dit que l’expression « bénéfices secondaires » semblait vouloir dire « faux-semblant », « exagération » ou « simulation de maladie ». Le D^r Dimmock a répondu que les rapprochements faits par l’avocate étaient avilissants et que les « bénéfices secondaires » dont il parlait participaient [TRADUCTION] « davantage d’une motivation inconsciente ». Selon le psychiatre, M^{me} Haj Khalil souhaitait véritablement une aide. À la question de savoir pourquoi il n’était pas allé plus loin dans sa recherche sur l’immigration, il

condition. There was nothing that he could do to change her immigration status. His function was to improve her mental health. Moreover, it was his impression that her immigration status was inconsequential because Ms. Haj Khalil had often stated that she intended to leave Canada when her daughter was old enough.

[223] Ms. Haj Khalil's counsel urges me not to accept Dr. Dimmock's opinion that Ms. Haj Khalil's depression is causally connected to her pain. Counsel claims that the psychiatrist did not know what Ms. Haj Khalil meant when she referred to her "immigration problems." He didn't really ask and he didn't research it at all. Moreover, he has only treated two other refugees and is not familiar with refugee psychiatry. Counsel maintains that he does not know how issues affect refugees and assumes that they are like everyone else. Dr. Dimmock, in counsel's view, did not understand the delay aspect of Ms. Haj Khalil's immigration problem.

[224] Whether I reject Dr. Dimmock's opinion that Ms. Haj Khalil's "pain" was the primary cause of her depression or not, the evidence does not establish that her depression was caused or exacerbated by the delay in the processing of the claim. Dr. Dimmock was specific that Ms. Haj Khalil did well from time to time. He saw a direct correlation between her legal situation and the fluctuations in her depression. He specifically noted that she had been functioning fairly well until the onset of her physical problems. In this respect, it is useful to examine Ms. Haj Khalil's evidence.

[225] Ms. Haj Khalil testified that she moved to Ottawa in 2003 because her son would be attending university in Ottawa. She had been taking courses on a part-time basis in the evenings at St. Clair College in Windsor. She completed the courses (which were part of the "networking program") just before the move to Ottawa (transcript, at page 584). She had been employed at an accounting firm on a part-time basis from June 2001 until she left for Ottawa in 2003. She indicated that,

a répondu que, quel que soit le problème (ou les problèmes) que posait l'immigration, il ne s'agissait pas d'un état psychiatrique. Il n'y avait rien qu'il puisse faire pour modifier le statut de M^{me} Haj Khalil en matière d'immigration. Sa fonction consistait à améliorer sa santé mentale. Par ailleurs, il lui semblait que la situation de M^{me} Haj Khalil en matière d'immigration était sans importance parce qu'elle avait souvent dit qu'elle avait l'intention de quitter le Canada lorsque sa fille serait assez âgée.

[223] L'avocate de M^{me} Haj Khalil m'engage à ne pas accepter l'opinion du D^r Dimmock, pour qui la dépression de M^{me} Haj Khalil est causée par sa souffrance. Elle affirme que le psychiatre ne savait pas ce que M^{me} Haj Khalil voulait dire lorsqu'elle évoquait ses « difficultés d'immigration ». Il ne le lui a pas demandé et n'a nullement exploré la question. Par ailleurs, il n'a traité que deux autres réfugiés et la situation psychiatrique des réfugiés ne lui est pas familière. L'avocate soutient que le psychiatre ne sait pas comment réagissent les réfugiés et qu'il présume que les réfugiés sont comme n'importe qui. À son avis, le D^r Dimmock ne comprenait pas l'aspect des difficultés d'immigration de M^{me} Haj Khalil liées à la lenteur du traitement de sa demande.

[224] Que je rejette ou non l'avis du D^r Dimmock selon lequel la « souffrance » de M^{me} Haj Khalil était la cause première de sa dépression, la preuve ne montre pas que sa dépression ait été causée ou aggravée par la lenteur du traitement de sa demande. Le D^r Dimmock a précisé que M^{me} Haj Khalil se sentait bien de temps à autre. Il voyait un lien direct entre sa situation juridique et les variations de sa dépression. Il a explicitement relevé qu'elle avait fonctionné assez bien jusqu'à l'apparition de ses affections physiques. Sur ce point, il est utile d'examiner le témoignage de M^{me} Haj Khalil.

[225] M^{me} Haj Khalil a témoigné qu'elle est venue s'établir à Ottawa en 2003 parce que son fils allait fréquenter l'université à Ottawa. Elle avait suivi des cours à temps partiel, le soir, au Collège St. Clair, à Windsor. Elle a terminé les cours (qui faisaient partie du « programme de réseautage ») juste avant de venir s'installer à Ottawa (transcription, à la page 584). Elle avait travaillé à temps partiel dans un cabinet d'experts-comptables de juin 2001 jusqu'à ce qu'elle

more than once, her employer stated that later on he would give her a full-time job. In addition to taking part-time courses and working part-time, Ms. Haj Khalil stated that: she volunteered at a coffee shop in the hospital from April 2002 until she left Windsor in August of 2003; she volunteered with the organization “Windsor Women Working with Immigrant Women” until she left for Ottawa (she assisted as an interpreter and a fundraiser and served as a board member for approximately four years); she volunteered during elections by manning the telephone at the office and distributing pamphlets; and she volunteered as an interpreter for Legal Aid Windsor (transcript, at pages 590-604). In relation to the distribution of pamphlets, Ms. Haj Khalil stated (transcript, at page 597):

And not only I volunteer; actually, I took my daughter with me. Whenever we used to distribute these pamphlets, my daughter will take one side of the street, I will take the other side. So I will keep watching her walking from door to door to put them in the...mailboxes. So I will take one side, she will take one side of the street. I can do it, actually, but I wanted to teach my daughter, to introduce her to volunteering. For me it was a new experience. I didn't used to do it in the Middle East. We didn't have volunteer. My first experience in Canada, and I was excited about it, and I wanted my daughter to do it. So my daughter will accompany me whenever I wanted to do something during this by election or election. So I recall I volunteered for these both.

[226] Ms. Haj Khalil testified that it was after the move to Ottawa that she felt that she was “unable to work anymore.” Her counsel asks that I consider the following comment:

Since then, actually, I kepted (*sic*) to myself. I stayed home. I didn't want anyone to know what is my status in the country, how long I been in the country. I don't want to tell anybody. How I live, I don't want to tell anybody. Why I'm there, I don't want to tell anybody. I can't. I feel if I will be questioned one more time I will kill myself. So it's better to stay home.

[227] I have considered that comment as well as her explanation that she inquired about employment at a paint store on Carling Avenue in Ottawa, but never

parte pour Ottawa en 2003. Elle a précisé que, plus d'une fois, son employeur lui avait dit que plus tard il lui donnerait un emploi à temps plein. M^{me} Haj Khalil a dit que, outre les cours à temps partiel et le travail à temps partiel, elle avait travaillé comme bénévole dans un café, à l'hôpital, d'avril 2002 jusqu'à ce qu'elle quitte Windsor en août 2003; elle avait travaillé comme bénévole pour l'organisme Windsor Women Working with Immigrant Women (Femmes de Windsor au service des immigrantes) jusqu'à ce qu'elle vienne s'établir à Ottawa (elle tenait lieu d'interprète et de collectrice de fonds et elle a siégé comme membre du conseil durant environ quatre ans), elle avait travaillé comme bénévole durant des élections en assurant une permanence téléphonique au bureau et en distribuant des tracts, et elle avait travaillé comme interprète pour l'aide juridique à Windsor (transcription, aux pages 590 à 604). Au sujet de la distribution de tracts, M^{me} Haj Khalil a dit (transcription, à la page 597) :

[TRADUCTION] Et je ne travaillais pas seulement comme bénévole; j'emmenais ma fille avec moi. Lorsque nous partions distribuer des tracts, ma fille prenait un côté de la rue et moi l'autre. Je pouvais donc la surveiller en train de faire du porte-à-porte pour mettre les tracts dans les boîtes aux lettres. Je m'occupais d'un côté de la rue, et elle de l'autre. Je pouvais le faire moi-même en réalité, mais je voulais enseigner à ma fille, l'initier au travail bénévole. Pour moi, c'était une nouvelle expérience. Je n'y étais pas habituée au Moyen-Orient. Nous n'avions pas de travail bénévole. Ce fut ma première expérience au Canada, elle m'emballait, et je voulais que ma fille fasse comme moi. Ainsi, ma fille m'accompagnait dès lors que je voulais faire quelque chose durant des élections partielles ou générales. Je me souviens d'avoir travaillé comme bénévole pour ces deux types d'élections.

[226] M^{me} Haj Khalil a dit que c'est après s'être établie à Ottawa qu'elle a eu le sentiment qu'elle « ne pouvait plus travailler ». Son avocate m'a priée de considérer l'observation suivante :

[TRADUCTION] Depuis lors, en réalité, je garde mes distances. Je reste chez moi. Je veux que personne ne sache quel est mon statut dans ce pays, ou depuis combien de temps je me trouve ici. Je ne veux le dire à personne. Je ne dis rien à personne de la manière dont je vis. Je ne dis à personne pourquoi je suis ici. Je ne le peux pas. Je crois que, si l'on m'interroge encore une fois, je me tuerai. Il vaut donc mieux que je reste à la maison.

[227] J'ai examiné ces propos, ainsi que l'explication qu'elle a donnée, selon laquelle elle s'était informée d'un emploi dans un magasin de peinture sur l'avenue

received a phone call (transcript, at pages 605-608). However, her evidence was equivocal with respect to her reasons for staying at home. She also stated:

And I don't know; I understand that I'm staying home doing very honourable job for my children, helping them as much as I can. But since it is not considered, this job, very honourable to certain people, well, I will keep myself inside my home avoiding any contact with anybody. And I did. I am home. Can't do any job. Even if I want, my health won't help me. I have a lot of problems. So it is better to go around my treatment first. When I am okay. Nobody will be happy to hire a depressed, distressed person.

[228] The evidence is clear that Ms. Haj Khalil was active and functional before leaving Windsor. Her stated reason for moving to Ottawa was to be with her son “no matter what” until she felt that he “is old enough to handle his own life.” She was not willing to separate from her children (transcript, at pages 657-658).

[229] Notably, the move to Ottawa was in August of 2003 and this litigation was started on November 4th of the same year. I accept Dr. Dimmock's statements that he observed fluctuations in Ms. Haj Khalil's depression that correlated to her legal problem. He also observed periods when she was doing quite well. I take it that her comments about being “imprisoned” in Canada were made during those times when she was not doing well.

[230] Anmar's evidence was to the same effect. He stated, in response to a question regarding the changes he observed in his mother, that she is stressed out almost all the time now, especially when it comes to meetings regarding this case (transcript, at page 1574). He also testified that her physical health isn't in the best of shape. However, his understanding (having attended at the doctor's office with his mother) is that any memory loss or dramatic changes in blood pressure are stress-related and stress-induced, not the result of underlying health problems (transcript, at pages 1574 and 1590).

Carling, à Ottawa, sans avoir jamais été rappelée par téléphone (transcription, aux pages 605 à 608). Cependant, son témoignage était équivoque quant aux motifs qu'elle avait de rester chez elle. Elle disait aussi :

[TRADUCTION] Et je ne sais pas; je sais que je reste chez moi à faire un travail très honorable pour mes enfants, en les aidant autant que je le peux. Mais puisque ce travail n'est pas considéré par certaines personnes comme très honorable, alors je resterai chez moi et j'éviterai tout contact avec les autres. Et c'est ce que j'ai fait. Je suis chez moi. Je ne peux faire aucun travail. Même si je le voulais, ma santé ne me le permettrait pas. J'ai beaucoup de problèmes. Il vaut donc mieux que je me fasse soigner d'abord. Quand je me sentirai mieux. Personne ne voudra embaucher quelqu'un qui est déprimé ou en détresse.

[228] Il ressort nettement de la preuve que M^{me} Haj Khalil était active et pouvait fonctionner avant de quitter Windsor. La raison qu'elle avait de venir s'établir à Ottawa était son désir d'être auprès de son fils [TRADUCTION] « quoi qu'il arrive » jusqu'à ce qu'il soit « assez âgé pour se débrouiller tout seul ». Elle ne voulait pas se séparer de ses enfants (transcription, aux pages 657 et 658).

[229] Fait à noter, son déménagement à Ottawa a eu lieu en août 2003, et le présent litige a débuté le 4 novembre de la même année. J'accepte le témoignage du D^r Dimmock selon lequel il a observé, dans la dépression de M^{me} Haj Khalil, des fluctuations qui correspondaient à sa situation juridique. Il a aussi observé des périodes où elle se sentait très bien. Quand M^{me} Haj Khalil disait qu'elle était « emprisonnée » au Canada, il s'agissait, je pense, de commentaires faits durant les périodes où elle ne se sentait pas bien.

[230] Le témoignage d'Anmar a été semblable. En réponse à une question portant sur les changements qu'il avait observés chez sa mère, il a dit qu'elle est aujourd'hui presque toujours tendue, surtout lorsqu'elle doit se présenter à des entretiens concernant ce dossier (transcription, à la page 1574). Il a aussi témoigné que la santé physique de sa mère n'est pas très bonne. Cependant, d'après ce qu'il croit savoir (puisque'il s'est rendu au cabinet du médecin avec sa mère), les lacunes de mémoire ou les changements considérables de tension sanguine sont liés au stress et provoqués par le stress; ils ne sont pas le résultat d'ennuis de santé déjà existants (transcription, aux pages 1574 et 1590).

[231] Acil's evidence was that lately her mum had been "crazy"; she was "irrational and irritated and just all the time stressed out" (transcript, at page 1762). She described her mum as pathetic and claimed that, in the past, she had been "like a mum," was active and happy (transcript, at page 1764). Acil does not like to leave the house for a night out because she is aware that her mum is stressed out. She thinks that if she were to move out (for university) that her mum will kill herself (transcript, at page 1765).

[232] It is not possible for me to find, on the basis of the evidence before me, that Ms. Haj Khalil's depression arises from or was exacerbated by the delay in the processing of her application. By her own evidence, she acknowledges that her condition deteriorated dramatically since the move to Ottawa. That move was made voluntarily for the reasons stated by Ms. Haj Khalil. She has not functioned well since her arrival in Ottawa, but it has not been established that her deterioration is the result of delay in the processing of her application.

[233] Dr. Dimmock stated, and Ms. Haj Khalil does not dispute, that she has chronic depression. She sought help, but the therapeutic process was undermined by the litigation in which she is involved. Dr. Dimmock felt that her current condition is a multi-problem situation and that immigration was but a small part of the "overall" problem. I find no fault with that assessment.

[234] The basic test for determining causation is the "but for" test. This fundamental rule has never been displaced and remains the primary test for causation in negligence actions. In circumstances where there is more than one potential cause of an injury, it is not correct to say that the "material contribution" test must be used. To accept this conclusion is to do away with the "but for" test altogether, given that there is more than one potential cause in virtually all litigated cases of negligence: *Resurfice Corp. v. Hanke*, [2007] 1 S.C.R. 333, at paragraphs 19, 21 and 22 (*Resurfice*).

[231] Durant son témoignage, Acil a dit que dernièrement sa mère avait été [TRADUCTION] « folle »; elle était [TRADUCTION] « irrationnelle et irritée et presque toujours en état de tension » (transcription, à la page 1762). Elle a décrit sa mère comme une personne pitoyable, ajoutant que, par le passé, elle avait été [TRADUCTION] « comme une maman », et elle était active et heureuse (transcription, à la page 1764). Acil n'aime pas quitter la maison pour sortir le soir parce qu'elle sait que sa maman est très tendue. Elle croit que, si elle devait quitter la maison (pour aller à l'université), sa maman se suiciderait (transcription, à la page 1765).

[232] Il m'est impossible de conclure, au vu de la preuve dont je suis saisie, que la dépression de M^{me} Haj Khalil a été causée, ou a été exacerbée, par la lenteur du traitement de sa demande de résidence permanente. De son propre aveu, elle reconnaît que son état s'est dégradé considérablement depuis qu'elle s'est installée à Ottawa. Elle a emménagé à Ottawa volontairement, pour les raisons qu'elle a indiquées. Elle ne se sent pas très bien depuis son arrivée à Ottawa, mais il n'a pas été établi que la détérioration de son état s'explique par la lenteur du traitement de sa demande.

[233] Le D^r Dimmock a dit, et M^{me} Haj Khalil ne le conteste pas, qu'elle souffre d'une dépression chronique. Elle a cherché de l'aide, mais le processus thérapeutique a été compromis par le litige auquel elle est aujourd'hui mêlée. Selon le D^r Dimmock, son état actuel a plusieurs causes, et son dossier d'immigration ne constitue qu'une petite partie du problème « global ». Je ne vois rien à redire à cette manière de voir.

[234] Le critère de base qui permet de conclure à un lien de causalité est le critère du « facteur déterminant ». Cette règle fondamentale n'a jamais été remplacée et demeure le critère premier pour déterminer le lien de causalité dans les actions en négligence. Dans les cas où il y a plus d'une cause possible de préjudice, il n'est pas exact de dire qu'il faut appliquer le critère de la « contribution appréciable ». Accepter cette conclusion, c'est écarter entièrement le critère du « facteur déterminant » puisque, dans la quasi-totalité des affaires de négligence soumises aux tribunaux, il y a plus d'une cause possible : *Resurfice Corp. c. Hanke*, [2007] 1 R.C.S. 333, aux paragraphes 19, 21 et 22 (arrêt *Resurfice*).

[235] I am not satisfied that the plaintiff, Ms. Haj Khalil, has demonstrated a substantial connection between her depression (or its exacerbation) and the defendant's delay (which I have determined began in August of 2002) in processing her application for permanent residence.

[236] A defendant is not to be held liable for a plaintiff's injuries where they "may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone": *Resurfice* [at paragraph 23] citing *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311.

[237] As for the allegation that Ms. Haj Khalil could not obtain work because her SIN began with a 900 series, the short answer is that she had a job in Windsor. Moreover, the editor who testified at the trial and whose circumstances were similar to those of Ms. Haj Khalil (when he came to Canada) did not mention any such problem. He was gainfully employed. Both of the children obtained employment before obtaining their permanent resident status (I will deal with Anmar's allegation with respect to the cadet camp application in due course). Ms. Haj Khalil's evidence in this respect was not persuasive.

[238] Regarding the inability to attend St. Clair College because of the unavailability of OSAP funding (a matter that has since been rectified), Ms. Haj Khalil's son, Anmar, was confronted with the same problem, yet he was able to attend university. He borrowed the money from Ms. Haj Khalil's brother. Even after OSAP became available to him, Anmar stated a preference for being indebted to family over being indebted to the government.

[239] Ms. Haj Khalil did not provide evidence of her efforts (if any) to find alternative funding for her proposed year of study. Once she learned that OSAP was not available, that apparently ended the matter.

[240] In relation to the "loss" of her husband's companionship, Ms. Haj Khalil's allegation turns on the assumption that the family is entitled to reunite in Canada. In arriving at this assumption, she ignores the fact that her husband applied for a visitor visa and was

[235] Je ne suis pas persuadée que la demanderesse, M^{me} Haj Khalil, ait établi un lien substantiel entre sa dépression (ou l'aggravation de sa dépression) et le temps qu'a mis la défenderesse (selon moi à partir d'août 2002) à traiter sa demande de résidence permanente.

[236] Un défendeur ne saurait être tenu pour responsable du préjudice subi par un demandeur lorsque ce préjudice « peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne » : arrêt *Resurfice* [au paragraphe 23], citant l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311.

[237] Quant à l'affirmation de M^{me} Haj Khalil selon laquelle il lui a été impossible d'obtenir un emploi parce que son NAS commençait par le chiffre « 9 », on ne peut que répondre qu'elle avait un emploi à Windsor. Par ailleurs, le rédacteur qui a témoigné au procès et dont la situation était semblable à celle de M^{me} Haj Khalil (lorsqu'il est arrivé au Canada) n'a pas fait état d'une telle difficulté. Il occupait un emploi rémunérateur. Les deux enfants ont obtenu un emploi avant d'obtenir le statut de résidents permanents (j'examinerai plus loin l'affirmation d'Anmar relative au camp de cadets). Le témoignage de M^{me} Haj Khalil sur ce point n'a pas été convaincant.

[238] S'agissant de son impossibilité de fréquenter le Collège St. Clair parce qu'elle ne pouvait obtenir une aide financière du RAFEO (le problème a depuis été réglé), le fils de M^{me} Haj Khalil, Anmar, s'est heurté à la même difficulté, et pourtant il a pu fréquenter l'université. Il a emprunté de l'argent au frère de sa mère. Même après qu'il lui fut possible d'obtenir une aide financière du RAFEO, Anmar a déclaré préférer être endetté envers sa famille plutôt qu'envers l'État.

[239] M^{me} Haj Khalil n'a pas apporté la preuve des efforts qu'elle a pu faire, s'il en est, pour trouver un autre moyen de financer son année d'études. Dès qu'elle a appris qu'elle ne pouvait obtenir une aide du RAFEO, elle a semble-t-il mis fin à son projet.

[240] Pour ce qui est de la « perte » de la compagnie de son mari, M^{me} Haj Khalil semble partir du principe que la famille a le droit d'être réunie au Canada. En pensant de la sorte, elle ne tient pas compte du fait que son mari a sollicité un visa de visiteur et qu'il a été

determined to be inadmissible. No application for leave and judicial review was taken with respect to that determination. Thus, he remains inadmissible to Canada.

[241] Much was made of the fact that Mr. El Hassen had been included on Ms. Haj Khalil's application for permanent residence as a dependant and that he had never been assessed in relation to that application. While counsel referred to various segments of Ms. Haj Khalil's previous statements and explanations regarding her husband's conduct and referred me to various documents tending to indicate that Mr. El Hassen's application for permanent residence has never been withdrawn, the fact remains that there is no indication that Mr. El Hassen is interested in coming to Canada. Ms. Haj Khalil claims that he was interested (in the mid-to-late 1990s) but she does not claim that he is interested. Ms. Haj Khalil's counsel maintains that Mr. El Hassen has submitted an application for a temporary resident permit. The defendant has no record of such an application. Ms. Haj Khalil did not address it in her evidence. Any confusion regarding Mr. El Hassen could have been alleviated if he had given evidence. The arrangements were in place for him to testify by way of video conferencing. Counsel elected not to call him.

[242] Ms. Haj Khalil argues that the fact that Mr. El Hassen was recently found inadmissible does not relieve the defendant Crown of liability for the plaintiffs' loss of his care, companionship and guidance for the duration of the time that their case was being processed. Had the case been processed without delay, Mr. El Hassen's admissibility would have been assessed during the normal course of processing at a much earlier time and he could have applied for ministerial relief. This argument is circuitous and speculative. Mr. El Hassen is not admissible and, as a result, it is not possible for the family to reunite in Canada. An "earlier" determination regarding his admissibility does not change that. Success on a ministerial relief application is speculative at best. More importantly, Mr. El Hassen's intentions are not known to us. Except for Ms. Haj Khalil's comments, I do not know when, if ever, he actually intended to reunite with his family in Canada. Ms. Haj Khalil also testified that her husband had applied to bring the family to Gaza with him (transcript, at pages 968-971).

déclaré interdit de territoire. Aucune demande d'autorisation et de contrôle judiciaire n'a été présentée à l'encontre de cette décision. Il demeure donc interdit de territoire.

[241] M^{me} Haj Khalil a fait grand cas de ce que M. El Hassen avait été inclus dans sa demande de résidence permanente en tant que personne à charge et de ce qu'il n'avait jamais été évalué au regard de ladite demande. L'avocate de M^{me} Haj Khalil s'est référée à divers passages de déclarations et explications antérieures de sa cliente à propos de la conduite de son mari, et elle m'a renvoyée à divers documents tendant à montrer que la demande de résidence permanente de M. El Hassen n'a jamais été retirée, mais il reste que rien n'indique que M. El Hassen veuille venir au Canada. M^{me} Haj Khalil dit que cette idée intéressait son mari (du milieu à la fin des années 1990), mais elle ne dit pas que cela l'intéresse aujourd'hui. L'avocate de M^{me} Haj Khalil affirme que M. El Hassen a présenté une demande de permis de résident temporaire. La défenderesse n'a aucun dossier portant sur une telle demande. M^{me} Haj Khalil n'a pas abordé la question dans son témoignage. Toute confusion à propos de M. El Hassen aurait pu être dissipée s'il avait témoigné. Les dispositions avaient été prises pour qu'il témoigne par visioconférence. L'avocate a choisi de ne pas le citer à témoigner.

[242] M^{me} Haj Khalil fait valoir que si M. El Hassen a récemment été déclaré interdit de territoire, il n'en reste pas moins qu'elle a été privée des conseils, des soins et de la compagnie de son mari durant la période au cours de laquelle leur dossier était traité, et que la défenderesse est responsable d'une telle privation. Si le dossier avait été traité sans retard, l'admissibilité de M. El Hassen aurait été évaluée durant la période normale de traitement, à une date bien antérieure, et il aurait pu solliciter une dérogation ministérielle. Il s'agit là d'un argument circulaire et fondé sur des conjectures. M. El Hassen est interdit de territoire et, en conséquence, il n'est pas possible que la famille soit réunie au Canada. Une décision « antérieure » touchant son admissibilité ne change rien à cela. L'issue d'une demande de dérogation ministérielle est impossible à prédire. Aspect plus important, les intentions de M. El Hassen ne nous sont pas connues. Hormis les observations de M^{me} Haj Khalil, je ne sais pas à quel moment il a véritablement eu l'intention de rejoindre sa famille au Canada, si même il

[243] In so far as Ms. Haj Khalil's inability to visit her husband is concerned, while she applied for Minister's permits to enable her children to visit their father, I do not recall any evidence that she applied for a permit for herself.

[244] For the foregoing reasons, I conclude that the harm alleged by Ms. Haj Khalil is not substantially connected to the delay in the processing of her application for permanent residence.

[245] Regarding the children, counsel submits that they suffered from the absence of their father. Specifically, it is said:

He was absent except for a brief weekly call for their first five or six years in Canada — time which cannot be made up for. He is now a presence in their lives by phone. It speaks to the family's resilience that they have been able to maintain a close relationship despite the time and distance, particularly Acil's relationship with him. However, this does not make up for his actual presence in their lives. It does not make up for the sadness they feel about his absence, for the feelings they have that other children have fathers who do things with them, for their inability to understand (especially as children) what was wrong with them to not be able to see their father.

[246] My first observation is that the scarcity of telephone calls for the first five or six years was a choice made by Mr. El Hassen. He now calls daily and often twice each day and has done so for a number of years. Next, having seen, heard and observed Anmar and Acil, I find that their relationship with their father is a strong one, even more so with respect to Acil. The reasons I have provided in relation to Ms. Haj Khalil with respect to family reunification are equally applicable to the children. Without marginalizing the children's disappointment over not having physical contact with their father, the evidence discloses only one request for a Minister's permit when Anmar and Acil were 15 and 10 years old respectively. That application was refused and no further requests occurred. I am not prepared, on the basis of a single application, to conclude that the lack

a eu telle intention. M^{me} Haj Khalil a également témoigné que son mari avait présenté une demande pour que la famille le rejoigne à Gaza (transcription, aux pages 968 à 971).

[243] Quant à l'impossibilité pour M^{me} Haj Khalil de rendre visite à son mari, elle a demandé des permis ministériels pour permettre à ses enfants de visiter leur père, mais je ne me souviens pas que la preuve indique qu'elle aurait demandé un tel permis pour elle-même.

[244] Pour les motifs susmentionnés, je suis d'avis qu'il n'y a pas de lien substantiel entre le préjudice allégué par M^{me} Haj Khalil et la lenteur du traitement de sa demande de résidence permanente.

[245] Pour ce qui est des enfants, l'avocate dit qu'ils ont souffert de l'absence de leur père. Plus exactement, elle s'est exprimée ainsi :

[TRADUCTION] À l'exception d'un bref appel téléphonique hebdomadaire, il a été absent durant leurs cinq ou six premières années au Canada — une période qui ne peut pas être rattrapée. Il est maintenant présent dans leurs vies par téléphone. Cela montre à quel point la famille a été en mesure de préserver des liens étroits malgré le temps et la distance, et cela montre surtout le lien étroit d'Acil avec son père. Cependant, cela ne saurait compenser sa présence effective parmi eux, non plus que leur grande tristesse, car ils voient bien que les autres enfants ont des pères qui passent du temps avec eux, et ils ont de la difficulté à comprendre (surtout lorsqu'ils étaient enfants) ce qu'ils ont fait pour ne pas avoir la possibilité de voir leur père.

[246] Ma première observation est que la rareté des appels téléphoniques au cours des cinq ou six premières années fut le résultat d'un choix fait par M. El Hassen. Il appelle maintenant chaque jour, et souvent deux fois par jour, et il le fait depuis plusieurs années. Ensuite, ayant vu, entendu et observé Anmar et Acil, je suis d'avis que leur lien avec leur père est solide, et plus encore en ce qui concerne Acil. Les motifs que j'ai exposés à propos de M^{me} Haj Khalil en ce qui concerne la réunification de la famille valent également pour les enfants. Sans minimiser la déception des enfants causée par le fait que leur père n'est pas présent avec eux, la preuve révèle une seule demande de permis ministériel, à l'époque où Anmar et Acil étaient âgés respectivement de 15 ans et 10 ans. Cette demande de permis ministériel a été refusée, et aucune autre demande n'a été présentée.

of physical contact is substantially connected to the delay in the processing of the application. Both Anmar and Acil are now permanent residents and both have plans to meet with their father. Had their applications been separated from their mother's application earlier, they would have been able to meet with their father earlier.

[247] The plaintiffs argue that it was not the defendant's policy at the time to sever the applications of children before they became adults and "not a single official even suggested to Ms. Haj Khalil that she separate the children's applications from hers." There are two observations to be made here. First, in her immigration matter, Ms. Haj Khalil has been represented by counsel throughout. Any suggestion as to severance of the children from their mother's application would emanate from counsel advising Ms. Haj Khalil. Second, when it was suggested to Ms. Haj Khalil that she could sever the children's applications from her application, she refused. It was only through the intervention of her present counsel that she ultimately agreed to allow the children to apply separately.

[248] The children's lack of physical contact with their father is not substantially connected to the delay in the processing of their applications for permanent residence. Their applications were granted after severance from their mother's application.

[249] The plaintiffs also submit that the children suffered from not being able to participate in school trips and social events, especially because they grew up in a border city where much revolved around travelling across the bridge. Both children gave evidence that there were school field trips (two for Acil) as well as a graduation function (for Anmar) that took place in Detroit. Anmar missed out on two sea cadet ventures that took place in the United States while Acil was not able to go on a school-organized March break trip to the south. Additionally, their friends frequently crossed the border to ski, shop and simply socialize. Because they did not have permanent resident status, they could not

Je ne suis pas disposée, sur la foi d'une seule demande de permis ministériel, à dire que l'éloignement du père résulte pour l'essentiel de la lenteur de la défenderesse à traiter la demande de résidence permanente. Anmar et Acil sont maintenant tous deux résidents permanents et ils projettent tous deux de revoir leur père. Si leurs demandes de résidence permanente avaient été séparées plus tôt de celle de leur mère, ils auraient été en mesure de revoir leur père plus tôt.

[247] Les demandeurs font valoir que la défenderesse n'avait pas pour principe à l'époque de séparer les demandes d'enfants avant qu'ils deviennent adultes, et [TRADUCTION] « pas un seul fonctionnaire n'a même suggéré à M^{me} Haj Khalil de présenter les demandes des enfants et la sienne séparément ». Il y a deux observations à faire ici. D'abord, dans son dossier d'immigration, M^{me} Haj Khalil a été constamment représentée par avocat. C'est à l'avocat représentant M^{me} Haj Khalil qu'il appartenait de lui conseiller de présenter séparément sa demande et celles de ses enfants. Deuxièmement, lorsqu'on a conseillé à M^{me} Haj Khalil de séparer de sa propre demande les demandes de ses enfants, elle a refusé. Ce n'est qu'à la suite de l'intervention de son avocate actuelle qu'elle a finalement accepté de laisser les enfants présenter leurs demandes séparément.

[248] Le fait pour les enfants de ne pas avoir de contact physique avec leur père ne résulte pas véritablement de la lenteur de la défenderesse à traiter leurs demandes de résidence permanente. Leurs demandes ont été accordées après qu'elles furent séparées de celle de leur mère.

[249] Les demandeurs soutiennent aussi que les enfants ont souffert de ne pouvoir participer à des voyages scolaires et à des activités sociales, d'autant plus qu'ils grandissaient dans une ville frontalière où il était courant de voyager en traversant le pont. Les deux enfants ont dit que des excursions scolaires (deux pour Acil) ainsi qu'une cérémonie de remise de diplômes (pour Anmar) ont eu lieu à Détroit. Anmar n'a pu participer à deux opérations de cadets de la marine qui se sont déroulées aux États-Unis, tandis qu'Acil n'a pu se joindre à un voyage au sud de la frontière organisé par son école durant le congé du mois de mars. En outre, leurs amis traversaient souvent la frontière pour aller

attend. They claim special damages in this respect, but the damages have not been particularized.

[250] It goes without saying that these events represented significant disappointments for Anmar and Acil. However, evidence of efforts to remedy the problem is scant. Ms. Haj Khalil testified that on one occasion she asked about whether her son could go on a school field trip. She said that she spoke with a man at CIC Windsor during August of 1997. She claimed to have asked him for a paper to present to the American Consulate to show that her son would be allowed back with his school. There was also discussion with this man (arising from his question) concerning the Michigan licence plates on her vehicle (transcript, at pages 420-422). The individual with whom she discussed the licence plates was John Swizawski and he testified that he had never been approached by Ms. Haj Khalil with a request for permission for the children to leave Canada. Ms. Haj Khalil described a similar event elsewhere in her evidence but stated that it occurred on January 19, 1999 (transcript, at pages 457-459). It is more probable that the inquiry was on January 19th. Exhibit P-49 displays a notation by the supervisor of the Windsor CIC office regarding a ski trip and efforts to obtain the cooperation of the Windsor border officials to allow Anmar to re-enter Canada.

[251] In any event, as disappointing as it may have been for the children, with the exception of what I believe was a single inquiry, there is no evidence of any formal request to any official for the children to attend field trips. I return to the issue of severance of the children's applications. Such a course of action would have alleviated these problems. Further, even if there were a duty of care (and I have determined that there is not) and the defendant breached such a duty, in my view, disappointment is not compensable. Anmar and Acil quite properly withdrew their claims for psychological harm because there is no evidence of any psychological harm to either of them.

skier, magasiner ou simplement rencontrer des gens. Comme ils n'avaient pas le statut de résident permanent, ils ne pouvaient se joindre à eux. Ils demandent pour cela des dommages-intérêts spéciaux, mais les dommages-intérêts spéciaux n'ont pas été précisés.

[250] Il va sans dire que ces événements ont été source d'importantes déceptions pour Anmar et Acil. Cependant, les moyens pris pour corriger la situation semblent minces. M^{me} Haj Khalil a témoigné qu'à une reprise, elle s'est informée pour savoir si son fils pouvait participer à une excursion scolaire. Elle a dit avoir parlé avec un homme, au bureau de CIC à Windsor, en août 1997. Elle a prétendu lui avoir demandé un document qu'elle pourrait présenter au consulat des États-Unis pour prouver que son fils serait autorisé à revenir avec son école. Il y a eu également des pourparlers avec cet homme (après que celui-ci eut posé la question) concernant les plaques d'immatriculation du Michigan qui se trouvaient sur son véhicule (transcription, aux pages 420 à 422). L'homme avec qui elle avait parlé des plaques d'immatriculation était John Swizawski, et celui-ci a témoigné que M^{me} Haj Khalil ne lui avait jamais parlé d'une demande d'autorisation pour que les enfants puissent quitter le Canada. M^{me} Haj Khalil a mentionné un événement analogue ailleurs dans son témoignage, mais a dit qu'il avait eu lieu le 19 janvier 1999 (transcription, aux pages 457 à 459). Il est vraisemblable que la demande d'information a eu lieu le 19 janvier. La pièce P-49 fait état d'une note du surveillant du bureau de CIC à Windsor à propos d'une excursion de ski et de démarches faites en vue d'obtenir la coopération des gardes-frontières de Windsor pour qu'ils laissent Anmar revenir au Canada.

[251] Quoi qu'il en soit, si décevant que tout cela ait pu être pour les enfants, à l'exception de ce qui, selon moi, fut une unique démarche, il n'y a aucun élément montrant qu'une demande formelle ait été présentée à un fonctionnaire pour que les enfants puissent participer à des excursions. Je reviens à la question de la séparation des demandes des enfants de celle de leur mère. Cette ligne de conduite aurait atténué les désagréments susmentionnés. D'ailleurs, même s'il existait une obligation de diligence (et j'ai exprimé l'avis qu'il n'y en a pas) et que la défenderesse avait manqué à telle obligation, une déception n'est selon moi pas susceptible d'indemnisation. Anmar et Acil ont, avec raison, retiré

[252] Last, Anmar claims that he is entitled to be reimbursed for the loss of the “summer job the weekend before he was to start” (his employment). This request relates to Anmar’s application for a civilian instructor position at HMCS Ontario in the Canadian Forces cadet program. Anmar had many years of experience as a sea cadet and had worked at the cadet camp, as a cadet, the previous summer. Under *Canadian Forces Administrative Order* 49-6 (CFAO 49-6), civilian instructors must be either Canadian citizens or permanent residents. Warrant Officer Mearle Doucet’s evidence indicated that this requirement initially escaped the attention of the officials at CFB Kingston and it was only the weekend before Anmar was scheduled to begin his employment that he was told that he was not eligible for the position.

[253] The short answer to Anmar’s allegation is to yet again return to the severance of the applications. Had Anmar’s application been severed from that of Ms. Haj Khalil’s (Anmar indicated that he agreed with his mother’s decision not to sever), the whole situation could have been avoided. However, and in addition, the application form itself clearly indicated that Canadian citizenship or permanent residence was a requirement. Anmar testified that he signed the form and submitted it on the basis that he thought that the requirements were superseded by his work authorization. He also stated that “reading over the standards wasn’t really my priority.” This event is not substantially connected to the delay in the processing of the application for permanent residence.

[254] In summary, even if a private law duty of care exists (and I have concluded otherwise), the plaintiffs’ claims in negligence fail for want of causation.

[255] Before leaving the issue of negligence, some further observations are in order. In closing submissions, the plaintiffs’ counsel described the “decision making” of the defendant’s servants as “arbitrary,” “perverse,” “grossly unreasonable” and

leurs allégations de préjudice psychologique, parce qu’il n’est nullement établi qu’ils ont subi un tel préjudice.

[252] Finalement, Anmar dit qu’il a droit d’être indemnisé de la perte de [TRADUCTION] « l’emploi d’été au cours de la fin de semaine précédant la date à laquelle il devait commencer » (son emploi). Ce chef de réclamation concerne la candidature d’Anmar à un poste d’instructeur civil au NCSM Ontario, dans le programme des cadets des Forces canadiennes. Anmar avait plusieurs années d’expérience comme cadet de la marine et avait travaillé au camp de cadets, en tant que cadet, l’été précédent. En application des *Ordonnances administratives des Forces canadiennes* n° 49-6 (l’OAF 49-6), les instructeurs civils doivent être soit citoyens canadiens soit résidents permanents. Selon le témoignage de l’adjutant Mearle Doucet, cette exigence avait d’abord échappé à l’attention des responsables, à la BFC de Kingston, et ce ne fut que la fin de semaine précédant l’entrée en fonctions d’Anmar qu’on lui a dit qu’il ne pouvait pas occuper le poste.

[253] En réponse à l’allégation d’Anmar, il suffit encore une fois de revenir à la séparation des demandes de résidence permanente. Si la demande d’Anmar avait été séparée de celle de sa mère (Anmar a dit qu’il avait souscrit à la décision de sa mère de ne pas séparer les demandes), tout cela aurait pu être évité. Cependant, et au surplus, le formulaire de candidature précisait clairement que la citoyenneté canadienne ou la résidence permanente était l’une des conditions. Anmar a témoigné qu’il avait signé le formulaire et l’avait présenté en pensant que son permis de travail remplaçait les conditions. Il a dit aussi qu’il n’avait pas eu réellement l’idée de passer en revue les normes. Cet incident n’a pas de lien substantiel avec la lenteur de la défenderesse à traiter la demande de résidence permanente.

[254] En résumé, même s’il existe une obligation de diligence de droit privé (et je suis arrivée à la conclusion contraire), les demandeurs sont déboutés de leur action en négligence, pour absence de lien de causalité.

[255] Avant de laisser la question de la négligence, quelques autres observations sont de mise. Dans les observations finales, l’avocate des demandeurs a dit que les « décisions » des préposés de la défenderesse étaient « arbitraires », « abusives », « tout à fait

“righteous and moralistic.” In reply to the defendant’s closing submissions (taking exception to the plaintiffs’ allegations), the following statement appears: “The plaintiffs’ position is that this arbitrariness is bad faith.” While I believe that these descriptors are related to the Charter submissions, to the extent that they may have slipped into the negligence arguments, they are inappropriate.

[256] An allegation of bad faith is a serious one that must be pleaded. There is no such allegation in the statement of claim. The plaintiffs cannot, in closing submissions and in the absence of notice to the defendant, accuse the defendant of bad faith.

[257] There is also a reference, again in closing submissions, to “conscious choices” of senior officials. To the extent that counsel, by innuendo, may be referring to misfeasance by public officials, the tort of misfeasance in a public office is an intentional tort. Its distinguishing elements are two-fold: (i) deliberate unlawful conduct in the exercise of public functions; and (ii) awareness that the conduct is unlawful and likely to injure the plaintiff. Alongside deliberate unlawful conduct and the requisite knowledge, a plaintiff must also prove the other requirements common to all torts: *Odhavji*, at paragraph 32. The tort must be pleaded. There is no such pleading in this case.

(iii) Breach of Section 7 of the Charter

[258] The plaintiffs assert that the defendant’s delay in processing their applications for permanent residence deprived them of their section 7 Charter rights to liberty and security of the person in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice.

[259] During the closing submissions at the end of the trial, I initially found the plaintiffs’ arguments on section 7 appealing. However, having conducted a fulsome review of the evidence and the jurisprudence, I do not find the plaintiffs’ position persuasive and I am

déraisonnables » et « moralistes ». Dans sa réplique aux observations finales de la défenderesse (dans lesquelles la défenderesse contestait les allégations des demandeurs), l’avocate des demandeurs s’exprime ainsi : [TRADUCTION] « La position des demandeurs est que ces décisions arbitraires sont imprégnées de mauvaise foi. » Je crois que ces qualificatifs sont rattachés aux conclusions relatives à la Charte, mais, dans la mesure où ils ont pu se glisser dans les arguments relatifs à la négligence, ils sont inopportuns.

[256] Une allégation de mauvaise foi est une allégation sérieuse qui doit être plaidée. La déclaration des demandeurs ne laisse apparaître aucune allégation du genre. Les demandeurs ne peuvent, dans les observations finales, et sans qu’un avis soit signifié à la défenderesse, accuser la défenderesse de mauvaise foi.

[257] Il est aussi fait état, encore une fois dans les observations finales des demandeurs, des « choix conscients » faits par de hauts fonctionnaires. Dans la mesure où l’avocate des demandeurs, par insinuation, veut sans doute parler d’une faute commise dans l’exercice d’une charge publique, ce genre de faute constitue un délit intentionnel. Il comporte les deux éléments distinctifs suivants : i) une conduite illégitime et délibérée dans l’exercice de fonctions publiques; ii) la connaissance du caractère illégitime de la conduite et de la probabilité de préjudice à l’égard du demandeur. À cela s’ajoute l’exigence pour le demandeur d’établir l’existence des autres conditions communes à tous les délits : arrêt *Odhavji*, au paragraphe 32. Le délit doit être plaidé. Il ne l’a pas été ici.

iii) L’article 7 de la Charte

[258] Les demandeurs affirment que la lenteur de la défenderesse à traiter leurs demandes de résidence permanente les a privés de leurs droits à la liberté et à la sécurité de la personne, garantis par l’article 7 de la Charte, et cela d’une manière qui ne s’accordait pas avec les principes de justice fondamentale.

[259] Durant les observations finales, à la fin de l’audience, j’ai d’abord trouvé intéressant l’argument des demandeurs concernant l’article 7. Cependant, après un examen attentif de la preuve et de la jurisprudence, je ne trouve pas convaincante la position des demandeurs et

not satisfied that there has been any infringement of their section 7 rights.

[260] There is no allegation regarding a deprivation of the right to life. The plaintiffs contend that their right to liberty is engaged by “the [defendant’s] delay in finalizing their applications” and by their “extended separation from Ms. Haj Khalil’s husband, the children’s father.” Their security of the person interests “have been impacted by the failure of Canada to resolve the applications for landing in a timely fashion.” Ms. Haj Khalil in particular has sustained injury in the form of depression which was caused or exacerbated by the delay. It is said that “she is stuck in Canada, at the mercy of Canadian officials who have failed to resolve her case” (transcript, at page 5469).

[261] It is common ground that the plaintiffs are entitled to the protection of the Charter: *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 (*Singh*). Nor is there any debate that the rights provided for in section 7 extend beyond the sphere of criminal law. Section 7 protection extends to situations where there is state action which directly engages the justice system and its administration: *Blencoe*, at paragraph 46. See also: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791 (*Chaoulli*).

[262] The section 7 inquiry is a two-stage process: *Gosselin v. Quebec Attorney General*, [2002] 4 S.C.R. 429 (*Gosselin*). There must first be a finding that there has been a deprivation of the right to life, liberty or security of the person and secondly, that the deprivation is contrary to the principles of fundamental justice. If no interest with respect to the right to life, liberty or security of the person is implicated, the inquiry stops there: *Blencoe*, at paragraph 47.

(a) Liberty interests

[263] The plaintiffs rely on *Singh*; *Blencoe*; *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315 (*Children’s Aid*); *Godbout v. Longueuil*

je ne suis pas convaincue qu’il y a eu atteinte à leurs droits garantis par l’article 7.

[260] Aucune privation du droit à la vie n’a été alléguée. Les demandeurs prétendent que leur droit à la liberté entre en jeu en raison [TRADUCTION] « de la lenteur [de la défenderesse] à mener à terme leurs demandes » et en raison de leur [TRADUCTION] « séparation prolongée d’avec le mari de M^{me} Haj Khalil, le père des enfants ». Le droit qu’ils ont à la sécurité de leurs personnes [TRADUCTION] « a été nié parce que le Canada a négligé de statuer de façon opportune sur les demandes de droit d’établissement ». M^{me} Haj Khalil en particulier a subi un préjudice prenant la forme d’une dépression, qui a été causée ou aggravée par la lenteur de la défenderesse. Elle dit qu’ [TRADUCTION] « elle est bloquée au Canada, à la merci des fonctionnaires canadiens qui ont négligé de résoudre son cas » (transcription, à la page 5469).

[261] Les parties s’accordent à dire que les demandeurs ont droit à la protection de la Charte : arrêt *Singh et autres c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (arrêt *Singh*). Il n’est pas non plus contesté que les droits garantis par l’article 7 débordent la sphère du droit pénal. La protection conférée par l’article 7 s’étend aux cas où un acte de l’État intéresse directement le système judiciaire et l’administration de la justice : arrêt *Blencoe*, au paragraphe 46. Voir aussi l’arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 (arrêt *Chaoulli*).

[262] L’examen requis par l’article 7 est un processus en deux étapes : arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 (arrêt *Gosselin*). Il faut conclure d’abord qu’il y a eu privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et ensuite que la privation est contraire aux principes de justice fondamentale. S’il n’y a pas eu privation du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, l’analyse prend fin : arrêt *Blencoe*, au paragraphe 47.

a) le droit à la liberté

[263] Au soutien de leur argument, les demandeurs invoquent les arrêts *Singh*; *Blencoe*; *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315

(*City*), [1997] 3 S.C.R. 844 (*Godbout*) and various international instruments, principally the *Convention on the Rights of the Child*, 20 November 1989, [1992] Can. T.S. No. 3 (CRC), the *International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Arts. 9-14 (entered into force 23 March 1976) (ICCPR) and the Refugee Convention, to support their argument. Reference is also made to selected United Nations Committee General Comments and Resolutions.

[264] It is said that Ms. Haj Khalil's autonomy and that of her children has been impacted by the failure to finalize her application for permanent residence. The plaintiffs claim that their interests in maintaining the integrity of their family have been compromised because they cannot reunite as a family and they have not been able to visit with each other. Had the application been finalized in a timely fashion, the family might have made different decisions about the future. Ms. Haj Khalil "might have applied for resettlement in a European country with her husband, or in another safe country". They maintain that the children have a right to family life under the CRC and that this right was frustrated by the delay. Moreover, leaving stateless persons without resolution of their status in Canada, with no means to acquire permanent residence for an extended period of time, is a restriction on liberty.

[265] The foundation of the plaintiffs' argument rests on the following excerpt from page 205 of Madam Justice Wilson's comments in *Singh*:

Certainly, it is true that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning. The Fourteenth Amendment to the United States Constitution provides in part "... nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without the due process of law...". In *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972) at p. 572, Stewart J. articulated the notion of liberty as embodied in the Fourteenth Amendment in the following way:

"While this Court has not attempted to define with exactness the liberty... guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included

(l'arrêt *Children's Aid*); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (l'arrêt *Godbout*), et divers instruments internationaux, en particulier la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, [1992] R.T. Can. n° 3 (la CDE); le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, articles 9 à 14 (entré en vigueur le 23 mars 1976) (le PIRDPC) et la Convention sur les réfugiés. Ils se réfèrent également à certaines observations générales et résolutions de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

[264] Les demandeurs soutiennent que le fait que la défenderesse n'a pas réglé la demande de résidence permanente de M^{me} Haj Khalil a porté atteinte à leur autonomie. Ils soutiennent que leur droit de préserver l'intégrité de leur famille a été mis en péril parce qu'ils ne peuvent pas être réunis en tant que famille et qu'ils n'ont pas été en mesure de se visiter les uns les autres. Si la demande avait été traitée de façon opportune, la famille aurait pu prendre d'autres décisions concernant l'avenir. M^{me} Haj Khalil [TRADUCTION] « aurait peut-être pris des dispositions pour se réinstaller en Europe avec son mari, ou dans un autre pays sûr ». Ils soutiennent que les enfants ont droit, en vertu de la CDE, à une vie familiale et que la lenteur de la défenderesse à agir a porté atteinte à ce droit. En outre, le fait de laisser des apatrides dans l'incertitude à propos de leur statut au Canada, sans qu'ils puissent acquérir la résidence permanente durant une période prolongée, constitue une atteinte à la liberté.

[265] Les demandeurs font reposer leur argument sur l'extrait suivant de l'arrêt *Singh*. La juge Wilson s'exprimait ainsi, à la page 205 :

Il est certain que les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions. Le Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis prévoit notamment : [TRADUCTION] « ... et aucun État n'a le droit de porter atteinte à la vie, à la liberté ou aux biens d'une personne sans l'application régulière de la loi... ». Dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, le juge Stewart a expliqué ainsi la notion de liberté incorporée dans le Quatorzième amendement :

[TRADUCTION] « Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté... garantie [par le Quatorzième amendement], ce terme a souvent été examiné et certains des

things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized. . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.” *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people there can be no doubt that the meaning of “liberty” must be broad indeed. See, e.g., *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

[266] Subsequent jurisprudence of the Supreme Court, according to the plaintiffs, has affirmed the broad scope of the liberty interest. Moreover, they assert that Canada has explicitly recognized that reunification in Canada with close family members abroad is a declared objective. Canada’s human rights obligations with respect to children include the facilitation of a child’s right to family life. The rights of Anmar and Acil were frustrated because they were not permitted to visit with their father either by travelling to see him or by having him come to Canada.

[267] The first point to be made is that the delay issue is not to be conflated with the threshold section 7 issue. Justice Bastarache cautions in *Blencoe*, at paragraph 47, “whether. . . the s. 7 rights. . . are engaged is a separate issue from whether the delay itself was unreasonable.” I understand this to mean that even in circumstances where a delay may be found to be unreasonable, delay (in and of itself) does not engage section 7. The plaintiffs must establish that their section 7 interests were engaged by the delay.

[268] The second point is the lack of unanimity in the Supreme Court of Canada with respect to how far the notion of liberty should be extended. Mr. Justice La Forest opined in *Children’s Aid* that the “term ‘liberty’ has yet to be authoritatively defined in this Court although comments have been made on both ends of the spectrum” (paragraph 73). Addressing the excerpt of Justice Wilson’s comments (relied upon by the plaintiffs) in *Singh*, Justice La Forest observed [at paragraph 73]:

éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s’entend sans aucun doute non seulement de l’absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d’acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d’élever des enfants, d’adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps. . . comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres. » *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la constitution d’un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme « liberté » doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645.

[266] La jurisprudence ultérieure de la Cour suprême a confirmé, selon les demandeurs, la grande portée du droit à la liberté. Ils affirment aussi que le Canada a explicitement reconnu que la réunification au Canada avec des proches vivant à l’étranger constitue un objectif déclaré. Les obligations du Canada en matière de droits de l’homme, pour ce qui concerne les enfants, comprennent l’obligation de donner effet au droit d’un enfant à une vie familiale. Anmar et Acil ont été frustrés de leurs droits parce qu’ils n’ont pas été autorisés à voir leur père, soit en se rendant auprès de lui, soit en prenant des dispositions pour qu’il vienne au Canada.

[267] La première remarque est que la question du retard de traitement des demandes ne doit pas être confondue avec la question liminaire de l’article 7. Dans l’arrêt *Blencoe*, au paragraphe 46, le juge Bastarache faisait la mise en garde suivante : « la question de savoir si les droits [. . .] à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne s’appliquent est distincte de celle de savoir si le délai lui-même était déraisonnable ». Cela signifie, selon moi, que, même dans les cas où un retard peut être jugé déraisonnable, le retard en tant que tel ne déclenche pas l’application de l’article 7. Les demandeurs doivent établir que le retard a mis en jeu les droits que leur garantit l’article 7.

[268] La deuxième précision à faire concerne l’absence d’unanimité de la Cour suprême du Canada à propos de l’étendue de la notion de liberté. Dans l’arrêt *Children’s Aid*, le juge La Forest écrivait : « Notre Cour n’a pas encore défini péremptoirement le terme “liberté” bien que des commentaires aient été faits aux deux extrémités du spectre » (au paragraphe 73). S’exprimant sur les propos tenus par la juge Wilson (et invoqués par les demandeurs) dans l’arrêt *Singh*, le juge La Forest faisait observer ce qui suit [au paragraphe 73]:

In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., speaking for Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) as well, noted that it was incumbent upon the Court to define “liberty”, and conceded that the concept was susceptible of a broad range of meanings. Although she did not venture to define the scope of the liberty interest protected under s. 7 of the Charter, she cited the following dictum of Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at p. 572, as an example of the liberal interpretation the United States Supreme Court has given to the Fourteenth Amendment, at p. 205. [My emphasis.]

[269] Justice Wilson continued to champion a liberal interpretation of the meaning of “liberty.” Her dissent in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284 (*Jones*) depicts her approach. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (*Morgentaler*), where the Supreme Court considered the constitutionality of Canada’s abortion law, a 5-2 majority held that the legislation deprived women of their security of the person in a manner that was not in accordance with fundamental justice. Justice Wilson held that the scheme also infringed women’s liberty interests (consistent with her decision in *Jones*). As noted by Justice La Forest in *Children’s Aid*, Justice Lamer, as he then was, expressed an opposing view in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123.

[270] *Children’s Aid* involved consideration of a wardship order made against a child of Jehovah Witness parents. The issue was whether the order violated the parents’ rights to liberty (their parental rights to choose medical treatment for their child). The Court dismissed the parents’ claims, but was divided on the question of whether their liberty interests were engaged. Justice La Forest, writing for the justices who concluded that the parents’ right to liberty was engaged, noted that section 7 does not afford protection to the integrity of the family unit as such. The Charter, and section 7 in particular, protects individuals (at paragraph 72). He further stated that liberty does not mean unconstrained freedom, yet it does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy, to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance (at paragraph 80). He

Dans l’arrêt *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a souligné, au nom du juge en chef Dickson et du juge Lamer (maintenant Juge en chef), qu’il incombait à la Cour de définir le terme « liberté », puis elle a admis que le concept était susceptible d’avoir plusieurs acceptions. Bien qu’elle n’ait pas entrepris de définir la portée du droit à la liberté garanti à l’art. 7 de la Charte, elle cite, à la p. 205, l’opinion incidente suivante que le juge Stewart a exprimée dans *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, pour illustrer l’interprétation libérale que la Cour suprême des États-Unis a donnée au Quatorzième amendement. [Non souligné dans l’original.]

[269] La juge Wilson a continué de préconiser une interprétation libérale du mot « liberté ». Ses motifs en dissidence, dans l’arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 (arrêt *Jones*), décrivent l’approche qu’elle adopte. Dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (arrêt *Morgentaler*), où la Cour suprême examinait la constitutionnalité de la loi canadienne en matière d’avortement, cinq juges sur sept ont estimé que cette loi privait les femmes du droit à la sécurité de la personne d’une manière qui ne s’accordait pas avec les principes de justice fondamentale. La juge Wilson a estimé que le régime légal empiétait aussi sur le droit des femmes à la liberté (en accord avec ses motifs dans l’arrêt *Jones*). Comme le notait le juge La Forest dans l’arrêt *Children’s Aid*, le juge Lamer, alors juge puîné de la Cour suprême, avait exprimé une opinion opposée dans le *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

[270] Dans l’arrêt *Children’s Aid*, la Cour suprême était saisie d’une ordonnance de tutelle rendue à l’égard d’un enfant de parents témoins de Jéhovah. Il s’agissait de savoir si l’ordonnance portait atteinte au droit des parents à la liberté (leur droit, en tant que parents, de choisir le traitement médical pour leur enfant). La Cour suprême a rejeté les prétentions des parents, mais elle a été partagée sur la question de savoir si leur droit à la liberté entraînait en jeu. Le juge La Forest, s’exprimant pour les juges qui estimaient que le droit des parents à la liberté entraînait en jeu, a fait observer que l’article 7 ne protège pas l’intégrité de la cellule familiale comme telle. La Charte, notamment l’article 7, protège les individus (au paragraphe 72). Il ajoutait que la liberté n’est pas synonyme d’absence totale de contrainte, mais elle ne signifie pas simplement absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l’individu doit avoir suffisamment

concluded that “the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent” (at paragraph 83).

[271] In *Godbout*, the Supreme Court considered whether the city’s requirement that all new permanent employees live within its boundaries infringed section 7 of the Charter. While the Court concluded that the requirement infringed the Quebec Charter [*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12], three of the nine justices concluded that it also infringed a person’s liberty interest under the Canadian Charter. Justice La Forest, writing for the minority, commented that the section 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. Such inherently personal matters comprise a narrow class. Choosing where to establish one’s home (a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy) falls within that class of decisions deserving of constitutional protection.

[272] In *Blencoe*, a majority of five concluded that the section 7 rights to liberty and security of the person of a former British Columbia Cabinet Minister were not engaged as a result of delays by the British Columbia Human Rights Commission in hearing two sexual harassment complaints against him. Four justices determined that the matter should be resolved on the basis of administrative law principles and it was therefore unnecessary to express a definite opinion on the application of section 7 of the Charter. The majority decided that “liberty” is engaged where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices. Individuals are entitled to make decisions of fundamental importance free from state interference. The liberty interest protected by section 7 must be interpreted broadly and in accordance

d’autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d’importance fondamentale pour sa personne (au paragraphe 80). Il concluait que « les droits d’éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d’un parent » (au paragraphe 83).

[271] Dans l’arrêt *Godbout*, la Cour suprême se demandait si l’obligation faite par la ville à tous ses nouveaux employés permanents de vivre à l’intérieur de ses limites contrevenait à l’article 7 de la Charte. Elle a conclu que cette obligation contrevenait à la Charte québécoise [*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12], mais trois des neuf juges ont conclu qu’elle empiétait aussi sur le droit à la liberté garanti par la Charte canadienne. Le juge La Forest, s’exprimant pour les juges minoritaires, a exprimé l’avis que le droit à la liberté garanti par l’article 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles. Les sujets fondamentalement personnels de ce genre constituent une catégorie restreinte. Le choix du lieu d’établissement de sa demeure (une décision privée par excellence qui participe de la nature même de l’autonomie personnelle) entre dans cette catégorie de décisions qui méritent une protection constitutionnelle.

[272] Dans l’arrêt *Blencoe*, une majorité de cinq juges a conclu que les droits d’un ancien ministre du gouvernement de la Colombie-Britannique à la liberté et à la sécurité de sa personne au titre de l’article 7 n’entraient pas en jeu par suite de la lenteur de la Commission des droits de l’homme de la Colombie-Britannique à instruire deux plaintes de harcèlement sexuel portées contre lui. Quatre juges ont conclu que l’affaire devait être résolue en fonction des principes de droit administratif et qu’il était donc inutile d’exprimer une opinion catégorique sur l’application de l’article 7 de la Charte. Les juges majoritaires ont estimé que la « liberté » est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l’État influent sur les choix importants et fondamentaux qu’une personne peut faire dans sa vie. Chacun a le droit de prendre des décisions

with the principles and values underlying the Charter as a whole. Personal autonomy attracts protection (paragraph 49), but is not synonymous with unconstrained freedom (at paragraph 54).

[273] In the context of immigration matters, the Supreme Court jurisprudence on section 7 has been essentially limited to circumstances involving deportation: *Singh*; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*); *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539 (*Medovarski*). In *Medovarski* [at paragraph 46], the Supreme Court, citing *Chiarelli*, reaffirmed the “most fundamental principle of immigration law” — “non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada.”

[274] A consideration of the noted jurisprudence reveals a Supreme Court trend toward a broader characterization of the word “liberty” in section 7 of the Charter. Initially thought to be applicable only in the criminal context, some advocated a more expansive interpretation. The circumstances in *Blencoe* are somewhat analogous to this matter. There, the majority definitively stated that section 7 of the Charter can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is state action which directly engages the justice system and its administration.

[275] The reach of this protection has not been articulated. What is clear is that the meaning of section 7 should be allowed to develop incrementally, otherwise its content would be frozen or exhaustively defined by precedent. Safeguarding a degree of flexibility in the interpretation and evolution of section 7 of the Charter is necessary: *Gosselin*, at paragraphs 79 and 82. At the same time, in my view, circumspection is required where there is a danger of extending the reach of section 7 to situations where the facts do not merit such action.

d’importance fondamentale sans intervention de l’État. Le droit à la liberté garanti par l’article 7 doit être interprété largement et en conformité avec les principes et les valeurs qui sous-tendent la Charte dans son ensemble. L’autonomie personnelle justifie une protection (au paragraphe 49), mais elle n’est pas synonyme de liberté illimitée (au paragraphe 54).

[273] En matière d’immigration, la jurisprudence de la Cour suprême concernant l’article 7 se limite essentiellement aux cas d’expulsion : arrêts *Singh*; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3 (arrêt *Suresh*); *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539 (arrêt *Medovarski*). Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême, citant l’arrêt *Chiarelli*, a réaffirmé [au paragraphe 46] le « principe le plus fondamental du droit de l’immigration » — « les non-citoyens n’ont pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada ».

[274] L’examen de la jurisprudence citée révèle une tendance de la Cour suprême à interpréter d’une manière plus libérale le mot « liberté », à l’article 7 de la Charte. Certains ont préconisé une interprétation large de ce mot, dont on croyait au départ qu’il intéressait uniquement le contexte du droit pénal. Les circonstances de l’affaire *Blencoe* présentent une certaine analogie avec la présente affaire. Dans l’arrêt *Blencoe*, les juges majoritaires ont dit sans ambiguïté que l’article 7 de la Charte peut s’appliquer au-delà du domaine du droit pénal, du moins lorsqu’une action de l’État fait directement intervenir le système judiciaire et son administration.

[275] L’étendue de cette protection n’a pas été exprimée clairement. Ce qui est clair, c’est que la signification de l’article 7 devrait pouvoir se développer progressivement, à défaut de quoi son contenu risque de se figer ou d’être délimité une fois pour toutes par les précédents. Il est nécessaire de préserver une certaine mesure de souplesse dans l’interprétation de l’article 7 de la Charte et dans l’évolution de son interprétation : arrêt *Gosselin*, aux paragraphes 79 et 82. Simultanément, selon moi, il faut montrer de la circonspection lorsqu’il y a risque d’étendre la portée de l’article 7 à des situations où les faits ne le justifient pas.

[276] Section 7 is frequently engaged in the immigration context because a threat of deportation to torture or cruel and unusual treatment or punishment will engage an individual's right to life, liberty or security of the person. However, that is not the situation here. Two of the plaintiffs have already received permanent resident status and Ms. Haj Khalil is a recognized Convention refugee. She is a protected person in Canada and no spectre of deportation looms.

[277] The plaintiffs claim that their section 7 rights to liberty are engaged because of state action which, according to them, has affected their ability to make "important and fundamental life choices." To reiterate, they claim that the delay in finalizing their permanent residence applications has compromised their interests in maintaining the integrity of their family; they cannot reunite as a family and they have not been able to visit with each other. They also claim that the delay has infringed the children's rights to family life as articulated by the CRC.

[278] I have spoken earlier in these reasons about the objectives of the refugee program in Canada. I do not share the plaintiffs' view that Article 34 of the Refugee Convention makes the settlement of refugees an obligation. Settlement is encouraged to be sure, but Article 34, unlike many of the other Articles, is permissive rather than mandatory. Paragraph 4 of Article 12 of the ICCPR provides that no one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country. The plaintiffs' reliance on *General Comment No. 27: Freedom of Movement (Art. 12)* [U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 November, 1999] of the United Nations Human Rights Committee (UNHRC), which advocates a broad interpretation of the words "own country," is misplaced. The General Comment does not purport to address the "arbitrary" requirement of paragraph 4. Thus, it does not assist the plaintiffs. Ms. Haj Khalil has never asked to be absent from and readmitted to Canada. Regarding the children, a determination that has been the subject of judicial oversight cannot be defined as arbitrary.

[276] L'article 7 est souvent mis en jeu dans le contexte de l'immigration, parce qu'une menace d'expulsion vers un pays où l'intéressé risque la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités fera intervenir le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Cependant, tel n'est pas le cas ici. Deux des demandeurs ont déjà obtenu le statut de résident permanent, et M^{me} Haj Khalil a obtenu le statut de réfugiée au sens de la Convention. Elle est une personne protégée au Canada et elle n'est sujette à aucune menace d'expulsion.

[277] Les demandeurs soutiennent que leur droit à la liberté selon l'article 7 entre en jeu en raison d'une action de l'État qui, selon eux, a réduit leur aptitude à faire « des choix de vie importants et fondamentaux ». Ils soutiennent, je le rappelle, que la lenteur de la défenderesse à se prononcer sur leurs demandes de résidence permanente a mis en péril leur droit de préserver l'intégrité de leur famille; ils ne peuvent être réunis en tant que famille et ils ne sont pas en mesure de se visiter les uns les autres. Ils affirment aussi que le retard a empiété sur le droit des enfants à une vie familiale, un droit reconnu par la CDE.

[278] J'ai invoqué plus haut dans les présents motifs les objectifs du programme des réfugiés au Canada. Je ne partage pas le point de vue des demandeurs selon lequel l'article 34 de la Convention relative au statut des réfugiés fait de l'établissement des réfugiés une obligation. Certes, l'établissement est encouragé, mais l'article 34, contrairement à bon nombre des autres articles, est une disposition facultative et non impérative. L'alinéa 4 de l'article 12 du PIRDCP dispose que nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays. L'invocation par les demandeurs de l'*Observation générale n° 27: Liberté de circulation (art. 12)* [Doc. N.-U. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 novembre 1999] de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (CDHNU), qui préconise une interprétation libérale des mots « propre pays », est hors de propos. L'observation générale ne prétend pas s'exprimer sur le mot « arbitrairement », dans l'alinéa 4. Elle ne vient donc pas en aide aux demandeurs. M^{me} Haj Khalil n'a jamais demandé de s'absenter du Canada puis d'y être admise à nouveau. Quant aux enfants, une décision qui a été l'objet d'un contrôle judiciaire ne saurait être définie comme une décision arbitraire.

[279] When regard is had to the fact that the family has now been separated for more than 13 years, the plaintiffs' submissions appear meritorious. This is a sympathetic case. The applications for permanent resident status were first submitted more than 10 years ago and Ms. Haj Khalil has yet to receive a final decision. I have determined that the delay in processing her application from August of 2002 has been inordinate, unreasonable and inexcusable. There is no doubt that Ms. Haj Khalil is entitled to a decision and the defendant's conduct has certainly not been above reproach. Nonetheless, the issue is whether this delay has impinged the plaintiffs' liberty rights. In my view, it has not.

[280] Family reunification in Canada is not possible if Mr. El Hassen remains inadmissible to Canada. He was denied a visitor visa on the basis of his inadmissibility and the decision has never been contested. In one sense, permanent resident status could have facilitated instances of family reunion by allowing the plaintiffs to visit with Mr. El Hassen outside the country and granting them the right to re-enter Canada after their visit. That said, the fact remains that the governmental action did not prevent or infringe Ms. Haj Khalil's right to make fundamental life choices. It was always open to her to leave Canada at any point and reunite her family elsewhere. Moreover, as I mentioned earlier in these reasons, there is no evidence that Ms. Haj Khalil made any request of the defendant with respect to authorization to visit her husband (or anyone) outside Canada. Severance of the children's applications at an earlier time would have facilitated their acquisition of permanent resident status and allowed for visitation with their father outside Canada.

[281] Ms. Haj Khalil alleges that had her "application for permanent residence been finalized in a timely fashion, she may have made different decisions about the future of the family as a whole". For example, had she been denied permanent resident status in Canada, "she might have applied for resettlement in a European country." The defendant, however, did nothing to prevent Ms. Haj Khalil from taking this action.

[279] Si l'on considère le fait que la famille est aujourd'hui séparée depuis plus de 13 ans, les observations des demandeurs semblent méritoires. Il s'agit là d'un cas qui inspire la sympathie. Les demandes de résidence permanente ont été présentées à l'origine il y a plus de 10 ans, et M^{me} Haj Khalil n'a encore reçu aucune décision définitive. Je suis arrivée à la conclusion que la lenteur de la défenderesse à traiter sa demande depuis août 2002 a été excessive, déraisonnable et inexcusable. Il ne fait aucun doute que M^{me} Haj Khalil a droit à une décision et que la conduite de la défenderesse n'a certainement pas été au-dessus de tout reproche. Néanmoins, il s'agit de savoir si la lenteur de la défenderesse à agir a empiété sur le droit des demandeurs à la liberté. Selon moi, la réponse à cette question est négative.

[280] Le regroupement de la famille au Canada n'est pas possible si M. El Hassen demeure interdit de territoire. Un visa de visiteur lui a été refusé parce qu'il est interdit de territoire, et cette décision n'a jamais été contestée. En un sens, le statut de résident permanent aurait pu procurer à la famille des occasions de se réunir, en permettant aux demandeurs de visiter M. El Hassen en dehors du pays et en leur accordant le droit de revenir au Canada après leur visite. Cela dit, il reste que l'action de l'État n'a pas empêché ni réduit le droit de M^{me} Haj Khalil de faire des choix de vie fondamentaux. Il lui a toujours été loisible de quitter le Canada à tout moment et de réunir sa famille ailleurs. En outre, comme je l'ai dit précédemment dans les présents motifs, il n'est pas établi que M^{me} Haj Khalil a jamais prié la défenderesse de l'autoriser à rendre visite à son mari (ou quiconque) en dehors du Canada. La séparation des demandes de ses enfants d'avec la sienne à une période antérieure aurait permis de faciliter l'obtention par les enfants du statut de résident permanent. Ainsi, ils auraient pu rendre visite à leur père en dehors du Canada.

[281] M^{me} Haj Khalil soutient que, [TRADUCTION] « si sa demande de résidence permanente avait été réglée en temps opportun, elle aurait pu prendre des décisions différentes pour l'avenir de la famille tout entière ». Par exemple, si le statut de résidente permanente au Canada lui avait été refusé, « elle aurait pu solliciter sa réinstallation dans un pays d'Europe ». Toutefois, la défenderesse n'a rien fait pour empêcher M^{me} Haj Khalil de prendre une telle décision.

[282] This is not a situation analogous to *Children's Aid* where a wardship order had the effect of depriving the parents of the right to make medical decisions with respect to their child. In this case, the state has not assumed control over decisions affecting the individuals' liberty. There is no coercion or constraint. At its highest, the defendant is depriving the plaintiff Ms. Haj Khalil of the right to re-enter Canada, if she should choose to leave.

[283] Underlying this analysis is the fundamental principle that the plaintiffs are not entitled to permanent residence. Anmar and Acil, however, are permanent residents. Pending determination of her application for permanent residence, Ms. Haj Khalil is entitled to protection as a Convention refugee and it has been granted to her. Canada has provided her with safe haven, educated her children and given her the means to support herself and her family (through social assistance) for the past 13 years. International instruments encourage countries to facilitate the settlement of refugees, but they do not mandate that host countries accord refugees a status akin to that of citizenship.

[284] The choice to leave Canada and reunite the family elsewhere lay always within the plaintiffs' grasp. I can well understand why Ms. Haj Khalil did not wish to choose this option, but it was, nonetheless, an option available to her. The defendant did not compel her to stay in Canada and neither she nor her husband have an unqualified right to enter or remain in this country. Section 7 liberty rights are not engaged on these facts.

(b) Security of the person interests

[285] The plaintiffs' submissions in relation to their section 7 security of the person interests are not developed. They cite a number of paragraphs from *Blencoe* and make peripheral reference to *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. There is a one line reference to a decision of the Inter-American Court of Human Rights cited in support of the proposition that "identity and nationality are similarly basic to individual autonomy, as recognized in the context of international human

[282] Ce n'est pas là une situation analogue à celle de l'affaire *Children's Aid*, où une ordonnance de tutelle avait pour effet de priver les parents du droit de prendre des décisions médicales pour leur enfant. En l'espèce, l'État n'a exercé aucun droit de regard sur des décisions intéressant la liberté des demandeurs. Il n'y a aucune coercition ni aucune contrainte. Au pire, la défenderesse prive M^{me} Haj Khalil du droit de revenir au Canada pour le cas où elle déciderait de partir.

[283] À la base de cette analyse, il y a le principe fondamental selon lequel les demandeurs n'ont pas droit à la résidence permanente. Cependant, Anmar et Acil sont des résidents permanents. Jusqu'à ce qu'il soit statué sur sa demande de résidence permanente, M^{me} Haj Khalil a droit à une protection en tant que réfugiée, et cette protection lui a été accordée. Le Canada lui a procuré un refuge, a éduqué ses enfants et lui a donné les moyens de subvenir à ses besoins, ainsi qu'à ceux de sa famille (par l'entremise de l'aide sociale) au cours des 13 dernières années. Les instruments internationaux encouragent les pays à faciliter l'installation des réfugiés, mais ils n'imposent pas aux pays d'accueil l'obligation d'accorder aux réfugiés un statut assimilable à celui que confère la citoyenneté.

[284] Les demandeurs ont toujours été à même de quitter le Canada et de réunir la famille ailleurs. Je puis comprendre tout à fait pourquoi M^{me} Haj Khalil n'a pas souhaité choisir cette solution, mais c'était néanmoins une solution qui s'offrait à elle. La défenderesse ne la forçait pas à rester au Canada, et ni la demanderesse ni son mari n'ont un droit absolu d'entrer dans ce pays ou d'y demeurer. Le droit à la liberté garanti par l'article 7 n'entre pas en jeu ici.

b) Le droit à la sécurité de la personne

[285] Les prétentions des demandeurs à propos du droit à la sécurité de la personne garanti par l'article 7 ne sont pas développées. On y cite plusieurs paragraphes de l'arrêt *Blencoe* et on y trouve une référence accessoire à l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Il y a une référence d'une ligne à une décision de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, citée au soutien de l'affirmation que [TRADUCTION] : « l'identité et la nationalité sont également essentielles pour l'autonomie

rights law.” As for the infringement of section 7, the plaintiffs state:

It is submitted that Ms. Haj Khalil and her children’s security of the person interests have been impacted by the failure of Canada to resolve the applications for landing in a timely fashion. As the facts underlying the causation of harm, particularly in respect of Ms. Haj Khalil has (*sic*) been addressed under the common law, it is not covered [here].

[286] I propose to briefly canvass the development of the psychological trauma aspect of the section 7 security of the person interest. Reference will be made to those portions of the jurisprudence that I believe to be relevant to this case.

[287] In *Morgentaler*, the Supreme Court of Canada held that the security of the person does extend to protect an individual from state-induced psychological trauma. At page 54, Chief Justice Dickson stated that “[s]ecurity of the person” must be given content in a manner sensitive to its constitutional position. After reviewing previous cases on the issue, he stated at page 56:

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

[288] In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46 (*G. (J.)*), the Supreme Court determined that New Brunswick’s failure to provide the appellant with legal aid, in circumstances where the province intended to remove a child from parental custody, violated her rights under section 7 of the Charter. Chief Justice Lamer, for the majority, wrote at paragraphs 58-60:

This Court has held on a number of occasions that the right to security of the person protects “both the physical and psychological integrity of the individual”: see *R. v.*

individuelle, ainsi que le reconnaît le droit international relatif aux droits de l’homme ». Quant à l’atteinte à l’article 7, les demandeurs disent ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est avancé que la sécurité de la personne de M^{me} Haj Khalil et de ses enfants a été mise en péril par le fait que le Canada n’a pas réglé les demandes de droit d’établissement en temps opportun. Étant donné que les faits liés au lien de causalité à l’origine du préjudice, en particulier pour M^{me} Haj Khalil, ont été considérés selon la common law, ils ne sont pas abordés ici.

[286] Je me propose d’examiner brièvement le développement de l’aspect « traumatisme psychologique » du droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7. Il sera fait référence à la jurisprudence qui, selon moi, intéresse la présente affaire.

[287] Dans l’arrêt *Morgentaler*, la Cour suprême du Canada a jugé que la sécurité de la personne s’étend à la protection contre un traumatisme psychologique causé par l’État. À la page 54, le juge en chef Dickson écrivait que « [l]e contenu donné à “la sécurité de la personne” doit être sensible à sa situation constitutionnelle ». Après un examen de plusieurs précédents sur la question, il écrivait, à la page 56 :

La jurisprudence m’amène à conclure que l’atteinte que l’État porte à l’intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l’État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n’est pas nécessaire en l’espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l’autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

[288] Dans l’arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (*G. (J.)*), la Cour suprême a jugé qu’en n’accordant pas à l’appelante l’aide juridique dans un cas où la province du Nouveau-Brunswick entendait retirer un enfant à la garde parentale, la province avait porté atteinte aux droits garantis à l’appelante par l’article 7 de la Charte. Le juge en chef Lamer, s’exprimant pour les juges majoritaires, écrivait ce qui suit, aux paragraphes 58 à 60 :

Notre Cour a conclu à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de la personne protège « à la fois l’intégrité physique et psychologique de la personne » : voir *R. c. Morgentaler*,

Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 173 (per Wilson J.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 587-88. Although these cases considered the right to security of the person in a criminal law context, I believe that the protection accorded by this right extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. Before addressing this issue, I will first make some general comments about the nature of the protection of “psychological integrity” included in the right to security of the person.

Delineating the boundaries protecting the individual’s psychological integrity from state interference is an inexact science. Dickson C.J. in *Morgentaler*, *supra*, at p. 56, suggested that security of the person would be restricted through “serious state-imposed psychological stress” (emphasis added). Dickson C.J. was trying to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of an infringement of this right. It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected...

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person’s psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

[289] In *Blencoe*, about which much has been said, Justice Bastarache for the majority, concluded that the section 7 security of the person interests in that case were not engaged. In delineating the nature of the harm required, he too referred back to *Morgentaler* and stated, at paragraphs 57, 59 and 60:

Not all state interference with an individual’s psychological integrity will engage s. 7. Where the psychological integrity of a person is at issue, security of the person is restricted to

[1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 173, (la juge Wilson); *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 587 et 588. Bien que ces arrêts examinent le droit à la sécurité de la personne dans le contexte du droit criminel, je crois que la protection accordée par ce droit déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Avant d’aborder la question, je formule quelques commentaires généraux sur la nature de la protection de « l’intégrité psychologique » faisant partie du droit à la sécurité de la personne.

Tracer les limites de la protection de l’intégrité psychologique de l’individu contre l’ingérence de l’État n’est pas une science exacte. Le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 56, explique que la sécurité de la personne serait restreinte par une « tension psychologique grave causée par l’État » (je souligne). Le juge en chef Dickson tentait d’exprimer en termes qualitatifs le type d’ingérence de l’État susceptible de constituer une atteinte à ce droit. Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l’individu contre les tensions et les angoisses ordinaires qu’une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d’un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d’innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu’elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l’étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits [...]

Pour qu’une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l’acte de l’État faisant l’objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l’intégrité psychologique d’une personne. On doit procéder à l’évaluation objective des répercussions de l’ingérence de l’État, en particulier de son incidence sur l’intégrité psychologique d’une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n’est pas nécessaire que l’ingérence de l’État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu’une tension ou une angoisse ordinaires.

[289] Dans l’arrêt *Blencoe*, dont on a beaucoup parlé, le juge Bastarache, s’exprimant pour les juges majoritaires, est arrivé à la conclusion que le droit à la sécurité de la personne, garanti par l’article 7, n’entraine pas en jeu dans cette affaire. Circonscrivant la nature du préjudice requis, il s’est référé lui aussi à l’arrêt *Morgentaler*, pour s’exprimer ainsi, aux paragraphes 57, 59 et 60 :

Les atteintes de l’État à l’intégrité psychologique d’une personne ne font pas toutes intervenir l’art. 7. Lorsque l’intégrité psychologique [erratum [2001] 2 R.C.S. iv] d’une

“serious state-imposed psychological stress” (Dickson C.J. in *Morgentaler*, *supra*, at p. 56). I think Lamer C.J. was correct in his assertion that Dickson C.J. was seeking to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of infringing s. 7 (*G. (J.)*, at para. 59). The words “serious state-imposed psychological stress” delineate two requirements that must be met in order for security of the person to be triggered. First, the psychological harm must be state imposed [underlined in original], meaning that the harm must result from the actions of the state. Second, the psychological prejudice must be serious [underlined in original]. Not all forms of psychological prejudice caused by government will lead to automatic s. 7 violations. These two requirements will be examined in turn.

...

Stress, anxiety and stigma may arise from any criminal trial, human rights allegation, or even a civil action, regardless of whether the trial or process occurs within a reasonable time. We are therefore not concerned in this case with all such prejudice but only that impairment which can be said to flow from the delay in the human rights process. It would be inappropriate to hold government accountable for harms that are brought about by third parties who are not in any sense acting as agents of the state.

While it is incontrovertible that the respondent has suffered serious prejudice in connection with the allegations of sexual harassment against him, there must be a sufficient causal connection between the state-caused delay and the prejudice suffered by the respondent for s. 7 to be triggered. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 447, Dickson J. (as he then was) concluded that the causal link between the actions of government and the alleged *Charter* violation was too “uncertain, speculative and hypothetical to sustain a cause of action”. In separate concurring reasons, Wilson J. also conveyed the need to have some type of direct causation between the actions of the state and the resulting deprivation. [Emphasis mine.]

[290] Further, in relation to causation, the Court, at paragraph 64, stated that a higher level of certainty than “might reasonably be expected” is required in order to find that the government has caused a deprivation of an individual’s *Charter* rights. The comments at paragraph 83 are particularly relevant here.

It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that state-caused delay in human rights proceedings could trigger

personne est en cause, la sécurité de la personne se limite à la « tension psychologique grave causée par l’État » (le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, précité, à la p. 56). Je crois que le juge en chef Lamer a eu raison de dire que le juge en chef Dickson tentait d’exprimer en termes qualitatifs le type d’ingérence de l’État susceptible de violer l’art. 7 (*G. (J.)*, au par. 59). Selon l’expression « tension psychologique grave causée par l’État », deux conditions doivent être remplies pour que [erratum [2001] 2 R.C.S. iv] la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique doit être causé par l’État [souligné dans l’original], c’est-à-dire qu’il doit résulter d’un acte de l’État. Deuxièmement, le préjudice psychologique doit être grave [souligné dans l’original]. Les formes que prend le préjudice psychologique causé par le gouvernement n’entraînent pas toutes automatiquement des violations de l’art. 7. Je vais examiner successivement ces deux conditions.

[...]

Un procès criminel, une allégation en matière de droits de la personne ou même une action au civil peut être une cause de stress, d’angoisse et de stigmatisation même lorsque le procès ou les procédures se déroulent dans un délai raisonnable. Ce qui nous intéresse en l’espèce n’est pas tout préjudice de cette nature, mais seulement l’atteinte qui, peut-on dire, résulte du délai écoulé dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne. Il serait inopportun de tenir le gouvernement responsable du préjudice causé par un tiers qui n’est aucunement un mandataire de l’État.

Bien que les allégations de harcèlement sexuel dont l’intimé a fait l’objet lui aient indéniablement causé un préjudice grave, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le délai imputable à l’État et le préjudice subi par l’intimé pour que l’art. 7 s’applique. Dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 447, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le lien de causalité entre les actes du gouvernement et la violation alléguée de la *Charte* était « trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d’action ». Dans des motifs concordants distincts, la juge Wilson a également fait état de la nécessité d’un lien direct quelconque entre les actes de l’État et l’atteinte qui en a résulté. [Non souligné dans l’original.]

[290] En outre, s’agissant du lien de causalité, la Cour suprême écrivait, au paragraphe 64, que, pour conclure que l’État a porté atteinte aux droits d’une personne garantis par la *Charte*, il faut plus de certitude que ce à quoi « on aurait pu raisonnablement s’attendre ». L’observation faite au paragraphe 83 est particulièrement à propos ici :

Ce n’est que dans des cas exceptionnels où l’État s’ingère dans des choix profondément intimes et personnels d’un individu que le délai imputable à l’État, dans des procédures en

the s. 7 security of the person interest. While these fundamental personal choices would include the right to make decisions concerning one's body free from state interference or the prospect of losing guardianship of one's children, they would not easily include the type of stress, anxiety and stigma that result from administrative or civil proceedings.

[291] Last, in *Chaoulli*, three of nine justices found that the prohibition on private health insurance violated section 7 of the Charter. Chief Justice McLachlin, at paragraph 116, reiterated the proposition that serious psychological effects may engage section 7 protection for security of the person. They need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

[292] The plaintiffs have not established that their section 7 security of the person interests are engaged by the delay in the processing of their applications for permanent residence. *Blencoe*, clearly stipulates that there are two requirements involved in the analysis regarding the engagement of the security of the person interests:

(1) the psychological harm must be state imposed (the harm must result from the action of the state); and

(2) the psychological prejudice must be serious.

[293] As in *Blencoe*, the plaintiffs cannot transcend the first requirement. Ms. Haj Khalil's depression was not caused, or exacerbated, by the defendant's actions. Anmar and Acil have not alleged any psychological harm arising out of the delay. There are other ancillary issues that do not rise to the requisite level of harm. I have dealt with this issue extensively under the subtitle "causation" at paragraphs 83-128 of these reasons. The same reasoning is applicable here. The plaintiffs have failed to establish, on a balance of probabilities, that Ms. Haj Khalil's depression and anxiety is the result of the defendant's delay.

matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Même si ces choix personnels fondamentaux comprenaient le droit de prendre des décisions concernant son propre corps sans intervention de l'État ou sans risque de perdre la garde d'un enfant, ils pourraient difficilement inclure le genre de stress, d'angoisse et de stigmatisation qui résulte de procédures administratives ou civiles.

[291] Finalement, dans l'arrêt *Chaoulli*, trois des neuf juges ont conclu que l'interdiction de l'assurance-maladie privée portait atteinte à l'article 7 de la Charte. Au paragraphe 116, la juge en chef McLachlin a réaffirmé que des conséquences psychologiques sérieuses peuvent faire intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'article 7. Il n'est pas nécessaire que ces conséquences consistent en un choc nerveux ou en un trouble psychiatrique, mais elles doivent être plus importantes qu'une tension ou angoisse ordinaires.

[292] Les demandeurs n'ont pas établi que leur droit à la sécurité de leur personne au titre de l'article 7 est mis en péril par la lenteur de la défenderesse à traiter leurs demandes de résidence permanente. Il est clairement dit dans l'arrêt *Blencoe* que l'analyse pour se demander si le droit à la sécurité de la personne entre ou non en jeu comprend deux volets :

1) le préjudice psychologique doit être infligé par l'État (le préjudice doit résulter d'un acte de l'État);

2) le préjudice psychologique doit être grave.

[293] Comme dans l'affaire *Blencoe*, les demandeurs ici ne sont pas en mesure de répondre à la première condition. La dépression de M^{me} Haj Khalil n'a pas été causée, ni aggravée, par les actes de la défenderesse. Anmar et Acil n'ont allégué aucun préjudice psychologique découlant de la lenteur de la défenderesse à agir. D'autres aspects accessoires n'atteignent pas le niveau requis de préjudice. J'ai examiné cette question en détail dans le sous-titre « le lien de causalité », aux paragraphes 83 à 128 des présents motifs. Le même raisonnement est applicable ici. Les demandeurs n'ont pas établi, selon la prépondérance des probabilités, que la dépression et l'anxiété de M^{me} Haj Khalil sont le résultat de la lenteur de la défenderesse à agir.

[294] Further, the caution expressed in *G. (J.)* bears repeating. If the right is interpreted too broadly, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected. See also: *Blencoe*, minority position, at paragraph 189. The jurisprudence teaches that it is only in exceptional cases that state-caused delay can trigger section 7 “security of the person” interests. This case is not analogous to *Chaoulli* or *Morgentaler*, where the security of the person interest, in the context of psychological integrity, was linked to physical suffering, bodily integrity and the possibility of death.

[295] The plaintiffs have failed to establish a deprivation of their rights to liberty or security of the person. Consequently, I need not determine whether the alleged deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice.

(iv) Breach of Section 15 of the Charter

[296] The plaintiffs contend that “the delays [*sic*] in processing the application for landing is grounded in discrimination and therefore is in violation of their equality rights under section 15 of the *Charter*.”

[297] The following assertions are made in support of the noted allegation:

- the processing delay failed to take into account the already disadvantaged position of Ms. Haj Khalil and her children within Canadian society as stateless Palestinians without permanent residence in Canada or elsewhere;
- they [the plaintiffs] have been subjected to differential treatment because they are foreign nationals and stateless Palestinians;
- the differential treatment has effected discrimination by withholding benefits from them, including landing and the maintenance of family integrity in a manner

[294] De plus, la mise en garde faite dans l’arrêt *G. (J.)* mérite d’être répétée. Si le droit est interprété trop largement, d’innombrables mesures gouvernementales risquent d’être contestées au motif qu’elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l’étendue du contrôle judiciaire, et, partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits. Voir aussi la position des juges minoritaires dans l’arrêt *Blencoe*, au paragraphe 189. La jurisprudence nous enseigne que ce n’est que dans les cas exceptionnels qu’un retard causé par l’État peut faire entrer en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti par l’article 7. La présente affaire n’est pas assimilable aux affaires *Chaoulli* ou *Morgentaler*, dans lesquelles le droit à la sécurité de la personne, dans le contexte de l’intégrité psychologique, était lié à la souffrance physique, à l’intégrité corporelle et au risque de mort.

[295] Les demandeurs n’ont pas établi qu’ils ont été privés de leurs droits à la liberté ou à la sécurité de leur personne. Par conséquent, il ne m’est pas nécessaire de me demander si la présumée privation s’accordait avec les principes de justice fondamentale.

iv) L’article 15 de la Charte

[296] Les demandeurs soutiennent que [TRADUCTION] « la lenteur de la défenderesse à traiter leurs demandes de droit d’établissement a pour origine la discrimination et a donc pour effet de nier leurs droits à l’égalité, garantis par l’article 15 de la Charte ».

[297] Au soutien de cette prétention, ils font les affirmations suivantes :

- la lenteur du traitement des demandes a fait peu de cas du handicap déjà existant de M^{me} Haj Khalil et de ses enfants dans la société canadienne en tant que Palestiniens apatrides, et sans résidence permanente, au Canada ou ailleurs;
- ils (les demandeurs) ont été victimes d’une différence de traitement parce qu’ils sont des étrangers et des Palestiniens apatrides;
- la différence de traitement a eu pour résultat une discrimination en leur niant des avantages, notamment le droit d’établissement et le maintien de l’intégrité

which reflects the stereotypical application of presumed group characteristics for Palestinians, and which perpetuates and promotes the view that Palestinians involved in any way with their representative national liberation movement are terrorists and as such are less worthy of recognition and value as human beings and as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect and consideration.

[298] The proposed comparator group is “others.” The plaintiffs say that the delay “has resulted in substantially different treatment between the plaintiffs and others.”

[299] I have not been directed to any evidence upon which the plaintiffs propose to rely and their submissions consist solely of the statements noted above. It is not for me to engage in speculation as to what the plaintiffs’ case might be. This allegation has not been seriously advanced as is evident by the brevity of the submissions and the failure to identify a comparator group. Consequently, I will not address it. The equality issue is explored in more depth in my analysis of the arguments on “The Constitutionality of paragraph 34(1)(f) of the IRPA.”

(v) The Constitutionality of Paragraph 34(1)(f) of the IRPA

[300] In their statement of claim, the plaintiffs seek:

A declaration that section 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* on its face and/or in its application and operation infringes the plaintiffs’ right to the freedoms of expression and association under section 2 of the *Charter of Rights and Freedoms* and is of no force and effect under section 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, given that the sanction of inadmissibility was and can be premised entirely on lawful expressive activity and association. The denial of and delay in landing, and the resultant denial of family reunification, based on a person’s journalistic career for the official representative of her people, strikes at the core of the freedoms of expression and association.

familiale, d’une manière qui reflète l’application stéréotypée de caractéristiques collectives présumées à l’égard des Palestiniens, et d’une manière qui perpétue et encourage l’idée selon laquelle les Palestiniens liés d’une manière ou d’une autre à leur mouvement représentatif de libération nationale sont des terroristes et, comme tels, sont moins dignes de reconnaissance et de valeur en tant qu’êtres humains et en tant que membres de la société canadienne, méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

[298] Le groupe de comparaison proposé est « les autres personnes ». Les demandeurs soutiennent que le retard [TRADUCTION] « a entraîné une appréciable différence de traitement entre eux et les autres personnes ».

[299] Les demandeurs ne m’ont pas indiqué la preuve sur laquelle ils entendent se fonder, et leurs prétentions se limitent aux affirmations susmentionnées. Il ne m’appartient pas de conjecturer ce que pourraient être les arguments des demandeurs. Cette allégation n’a pas été sérieusement explorée, ainsi que l’atteste la brièveté des prétentions et l’absence d’indication d’un groupe de comparaison. Par conséquent, je ne l’examinerai pas. La question de l’égalité est explorée plus en profondeur dans mon analyse des arguments touchant « la constitutionnalité de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR ».

v) La constitutionnalité de l’alinéa 34(1)f) de la LIPR

[300] Dans leur déclaration, les demandeurs sollicitent :

[TRADUCTION] Un jugement déclaratoire disant que l’alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, dans son libellé, dans son application, ou les deux, empiète sur le droit des demandeurs à la liberté d’expression et à la liberté d’association, garanties par l’article 2 de la *Charte des droits et libertés*, et disant que cet alinéa est inopérant en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, étant donné que la sanction d’interdiction de territoire n’a été fondée, et peut n’être fondée, que sur l’exercice légal de la liberté d’expression et de la liberté d’association. Le refus d’accorder le droit d’établissement, et la lenteur de la défenderesse à l’accorder, et le refus concomitant de réunification de la famille, en raison de la carrière journalistique d’une personne pour le représentant officiel de son peuple, va au cœur même des libertés d’expression et d’association.

A declaration that section 34(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act* infringes on its face and/or in its application and operation section 15 of the *Charter of Rights and Freedoms* and is of no force and effect under section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* in proscribing activities which are lawful for Canadians and are in pursuit of an international recognized right to self determination, a fundamental human right for all peoples and in proscribing the association and activities of Palestinians engaged in the lawful activities on behalf of their representative organization, when others engaged in lawful activities on behalf of their state are not sanctioned by virtue of the relationship with the state, even though the state may engage in human rights violations, unless under section 35(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* the state has been designated and the person has held a position of influence within the government.

(a) Section 2 of the Charter

[301] To reiterate what has been stated earlier, subsection 34(1) of the IRPA contains the provisions relating to inadmissibility on security grounds. Paragraph 34(1)(c) coupled with paragraph 34(1)(f) provide that a person is inadmissible for being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in terrorism. Section 2 of the Charter guarantees, among other things, freedom of expression and association.

[302] The argument advanced in relation to section 2 of the Charter is that the impugned paragraphs of the IRPA make no distinction among different organizations. Rather, the provision penalizes members, or former members, regardless of the nature of the organization's functions or the degree to which the specific branches within the organization engage in terrorism.

[303] Ms. Haj Khalil acknowledges that the Supreme Court of Canada, in *Suresh*, held paragraph 19(1)(f) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] of the former Act to be constitutional. I stated earlier in these reasons that, for present purposes, the pertinent provisions of the former Act and those of the IRPA are substantively the same. The plaintiffs do not suggest otherwise.

Un jugement déclaratoire disant que l'alinéa 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, dans son libellé, dans son application, ou les deux, porte atteinte à l'article 15 de la *Charte des droits et libertés*, et disant qu'il est inopérant en application du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'il proscriit des activités qui sont légales pour les Canadiens et qui sont l'expression d'un droit international reconnu à l'autodétermination, un droit fondamental de tous les peuples, et parce qu'il proscriit l'association et les activités de Palestiniens se livrant à des activités légales au nom de leur organisation représentative, alors que d'autres personnes se livrant à des activités légales au nom de leur État ne sont pas sanctionnées en raison de leur relation avec l'État, même si l'État peut se livrer à des violations des droits de l'homme, à moins que, selon ce que prévoit l'alinéa 35(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, l'État n'ait été désigné et que la personne concernée n'ait occupé un poste de rang supérieur au sein du gouvernement.

a) l'article 2 de la Charte

[301] Je rappelle ce que j'ai dit précédemment : le paragraphe 34(1) de la LIPR contient les dispositions se rapportant à l'interdiction de territoire prononcée pour raison de sécurité. Selon l'alinéa 34(1)c), auquel se rattache l'alinéa 34(1)f), emporte interdiction de territoire le fait d'être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre, s'est livrée ou se livrera au terrorisme. L'article 2 de la Charte garantit notamment la liberté d'expression et la liberté d'association.

[302] L'argument invoqué en rapport avec l'article 2 de la Charte est que les alinéas contestés de la LIPR ne font aucune distinction entre diverses organisations. La disposition pénalise plutôt les membres, ou anciens membres, de l'organisation, sans égard à la nature des fonctions de l'organisation, et sans égard au degré auquel telle ou telle branche de l'organisation se livre au terrorisme.

[303] M^{me} Haj Khalil reconnaît que, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada a confirmé la constitutionnalité de l'alinéa 19(1)f) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] de l'ancienne Loi. J'écrivais plus haut dans les présents motifs qu'aux fins qui nous concernent, les dispositions applicables de l'ancienne Loi et celles de la LIPR sont sensiblement identiques. Les demandeurs ne disent pas le contraire.

[304] With respect to section 2 specifically, Ms. Haj Khalil notes that her claim to freedom of expression and association “relates to events that date back to 1979, long before the *Charter* was in effect.” Nonetheless, she maintains that the *Charter* is engaged on the basis that it is the application of Canadian law by Canadian officials at the present time that engages *Charter* interests. According to Ms. Haj Khalil, it matters not that the “exercise of her internationally recognized [right of] freedom of expression and association occurred outside of Canada and in part before the *Charter* was part of Canada’s constitution.” Rather, she contends that she has been determined to be inadmissible for residence in Canada under a specific provision of Canadian law which imposes a sanction on her for having exercised her freedoms in the past. Relying on *R. v. Gamble*, [1988] 2 S.C.R. 595 (*Gamble*) and *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (*Benner*), by analogy, Ms. Haj Khalil claims that it is the application of subsection 34(1) of the IRPA that is in issue. The fact that this “requires a consideration of past events does not prevent the *Charter* from being engaged.”

[305] In my view, the decision of the Supreme Court in *Suresh* is dispositive of this issue. In *Suresh*, the Court considered whether the precursor to subsection 34(1) of the IRPA — subsection 19(1) of the former Act — conformed to the *Charter*. The Court discussed section 19 in detail at paragraphs 102 through 110 of its reasons. Although the discussion related to the intersection of sections 19 [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and 53 [as am. *idem*, s. 43; 1995, c. 15, s. 12] of the former Act, the comments with respect to the interpretation of subsection 19(1) are unequivocal and are equally suited to this case. The Court stated:

Section 19 of the *Immigration Act* applies to the entry of refugees into Canada. The *Refugee Convention*, and following it the *Immigration Act*, distinguish between the power of a state to refuse entry to a refugee, and its power to deport or “refouler” the refugee once the refugee is established in the country as a Convention refugee. The powers of a state to refuse entry are broader than to deport. The broader powers to refuse entry are based *inter alia* on the need to prevent criminals escaping justice in their own country from entering into Canada. No doubt the natural desire of states to reject unsuitable persons who by their conduct have put themselves

[304] S’agissant plus précisément de l’article 2, M^{me} Haj Khalil fait observer que sa revendication de la liberté d’expression et de la liberté d’association « se rapporte à des événements qui remontent à 1979, bien avant l’entrée en vigueur de la Charte ». Néanmoins, elle affirme que la Charte entre en jeu parce que c’est l’application du droit canadien par les fonctionnaires canadiens aujourd’hui qui fait intervenir les droits garantis par la Charte. Selon M^{me} Haj Khalil, il n’importe pas que [TRADUCTION] « l’exercice de son droit internationalement reconnu à la liberté d’expression et à la liberté d’association ait eu lieu en dehors du Canada, et en partie avant que la Charte ne devienne partie intégrante de la Constitution du Canada ». Elle dit plutôt qu’elle a été déclarée interdite de territoire en vertu d’une disposition précise du droit canadien qui lui impose une sanction parce qu’elle a exercé ses libertés par le passé. Invoquant les arrêts *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595 (arrêt *Gamble*); et *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (arrêt *Benner*), M^{me} Haj Khalil affirme, par analogie, que c’est l’application du paragraphe 34(1) de la LIPR qui est mise en doute. Le fait que « l’on ait affaire à des événements passés n’empêche pas la Charte d’entrer en jeu ».

[305] Selon moi, l’arrêt *Suresh* de la Cour suprême dispose de cette question. Dans cet arrêt, la Cour suprême se demandait si la disposition qui avait précédé le paragraphe 34(1) de la LIPR — le paragraphe 19(1) de l’ancienne Loi — était conforme à la Charte. Elle a examiné en détail l’article 19, aux paragraphes 102 à 110 de ses motifs. Son propos concernait l’interdépendance des articles 19 [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et 53 [mod., *idem*, art. 43; 1995, ch. 15, art. 12] de l’ancienne Loi, mais les observations qui concernent l’interprétation du paragraphe 19(1) sont sans équivoque et valent aussi bien dans la présente affaire. La Cour suprême s’exprimait ainsi :

L’article 19 de la *Loi sur l’immigration* s’applique à l’admission des réfugiés au Canada. La *Convention relative au statut des réfugiés* et, en conséquence, la *Loi sur l’immigration* font une distinction entre le pouvoir d’un État de refuser à un réfugié l’entrée au pays et son pouvoir de l’expulser ou de le « refouler » une fois qu’il y est établi en qualité de réfugié au sens de la Convention. Les pouvoirs d’un État de refuser l’entrée au pays sont plus étendus que son pouvoir d’expulsion. Ces pouvoirs plus étendus de refuser l’entrée au pays découlent notamment de la nécessité d’empêcher les criminels qui fuient la justice dans leur pays d’origine d’entrer au Canada. Il est

“beyond the pale” also is a factor. See, generally, Hathaway and Harvey, *supra*.

The main purport of s. 19(1) is to permit Canada to refuse entry to persons who are or have been engaged in terrorism or who are or have been members of terrorist organizations. However, the *Immigration Act* uses s. 19(1) in a second and different way. It uses it in s. 53(1), the deportation section, to define the class of Convention refugees who may be deported because they constitute a danger to the security of Canada. Thus a Convention refugee like Suresh may be deported if he comes within a class of persons defined in s. 19(1) and constitutes a danger to the security of Canada.

At this point, an ambiguity in the combination of ss. 53 and 19 arises. Is the class of persons designated by the reference to s. 19 those persons who at entry were or had been associated with terrorist acts or members of terrorist organizations? Or was Parliament’s intention to include those who after entry committed terrorist acts or were members of terrorist organizations? The Minister interprets s. 19, as incorporated into s. 53, as including conduct of refugees after entry.

We do not find it necessary to resolve this ambiguity, as in our opinion on either interpretation, s. 19 as incorporated into s. 53 does not breach the rights of free expression and association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*. If s. 19, as used in s. 53, is interpreted as referring only to conduct prior to the point of entry, no constitutional problem arises. On the other hand, if it is interpreted as referring to post-entry conduct, we are satisfied that the conduct caught by the section, interpreted properly by the Minister, fails to attract constitutional protection because it would be conduct associated with violent activity.

Section 53, as discussed earlier in connection with deportation to face torture, requires the Minister to balance a variety of factors relating on the one hand to concerns of national security, and to fair process to the Convention refugee on the other. In balancing these factors, the Minister must exercise her discretion in conformity with the values of the *Charter*.

It is established that s. 2 of the *Charter* does not protect expressive or associational activities that constitute violence: *Keegstra, supra*. This Court has, it is true, given a broad interpretation to freedom of expression, extending it, for

certain que le désir naturel des États de rejeter les personnes indésirables qui, par leur conduite, se sont mises elles-mêmes « au ban de la société » entre aussi en jeu. Voir, de façon générale, Hathaway et Harvey, *loc. cit.*

L’objet premier du par. 19(1) est de permettre au Canada de refuser l’entrée au pays aux personnes qui soit commettent ou ont commis des actes de terrorisme, soit sont ou ont été membres d’organisations terroristes. Toutefois, la *Loi sur l’immigration* confère une seconde fonction, différente, au par. 19(1). Elle l’utilise au par. 53(1), qui traite de l’expulsion, pour définir la catégorie de réfugiés au sens de la Convention qui peuvent être expulsés parce qu’ils constituent un danger pour la sécurité du Canada. Ainsi, un réfugié au sens de la Convention, comme M. Suresh, peut être expulsé s’il appartient à une catégorie de personnes définie au par. 19(1) et s’il constitue un danger pour la sécurité du Canada.

À cette étape, l’effet combiné des art. 53 et 19 crée une ambiguïté. La catégorie de personnes désignée par renvoi à l’art. 19 englobe-t-elle les personnes qui, à leur entrée au pays, étaient ou avaient déjà été soit associées à des actes de terrorisme soit membres d’organisations terroristes? L’intention du législateur était-elle plutôt d’inclure les personnes qui, après leur entrée au pays, ont commis des actes de terrorisme ou ont été membres d’organisations terroristes? La ministre considère que l’art. 19, tel qu’il est incorporé à l’art. 53, vise également la conduite des réfugiés après leur entrée au pays.

Selon nous, il n’est pas nécessaire de résoudre cette ambiguïté, car nous estimons que, quelle que soit l’interprétation donnée à l’art. 19, tel qu’il est incorporé à l’art. 53, l’art. 19 ne porte pas atteinte à la liberté d’expression et à la liberté d’association garanties respectivement par les al. 2(b) et 2(d) de la *Charte*. Si l’on considère que l’art. 19, tel qu’il est utilisé dans l’art. 53, vise uniquement la conduite antérieure à l’entrée au pays, aucun problème ne se pose sur le plan constitutionnel. Par contre, si on considère qu’il vise la conduite postérieure à l’entrée au pays, nous sommes convaincus que la conduite en cause, interprétée correctement par la ministre, ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle parce qu’il s’agit d’une conduite associée à de la violence.

Comme nous l’avons vu précédemment relativement à l’expulsion impliquant un risque de torture, l’art. 53 oblige la ministre à soupeser différents facteurs liés, d’une part, à la sécurité nationale et, d’autre part, à l’équité du processus envers le réfugié au sens de la Convention. En soupesant ces facteurs, la ministre doit exercer son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les valeurs véhiculées par la *Charte*.

Il est bien établi que l’art. 2 de la *Charte* ne protège pas les formes d’expression ou d’association violentes : *Keegstra*, précité. Certes, notre Cour a donné une interprétation large de la liberté d’expression, en étendant sa portée, par exemple, aux

example, to hate speech and perhaps even threats of violence: *Keegstra; R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731. At the same time, the Court has made plain that the restriction of such expression may be justified under s. 1 of the *Charter*: see *Keegstra*, at pp. 732-33. The effect of s. 2(b) and the justification analysis under s. 1 of the *Charter* suggest that expression taking the form of violence or terror, or directed towards violence or terror, is unlikely to find shelter in the guarantees of the *Charter*.

The Minister's discretion to deport under s. 53 of the *Immigration Act* is confined, on any interpretation of the section, to persons who have been engaged in terrorism or are members of terrorist organizations, and who also pose a threat to the security of Canada. Persons associated with terrorism or terrorist organizations — the focus of this argument — are, on the approach to terrorism suggested above, persons who are or have been associated with things directed at violence, if not violence itself. It follows that so long as the Minister exercises her discretion in accordance with the Act, there will be no ss. 2(b) or (d) *Charter* violation.

Suresh argues that s. 19 is so broadly drafted that it has the potential to catch persons who are members of or participate in the activities of a terrorist organization in ignorance of its terrorist activities. He points out that many organizations alleged to support terrorism also support humanitarian aid both in Canada and abroad. Indeed, he argues that this is so of the LTTE, the association to which he is alleged to belong. While it seems clear on the evidence that Suresh was not ignorant of the LTTE's terrorist activities, he argues that it may be otherwise for others who were members or contributed to its activities. Thus without knowingly advocating terrorism and violence, they may be found to be part of the organization and hence subject to deportation. This, he argues, would clearly violate ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*.

We believe that it was not the intention of Parliament to include in the s. 19 class of suspect persons those who innocently contribute to or become members of terrorist organizations. This is supported by the provision found at the end of s. 19, which exempts from the s. 19 classes "persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest". Section 19 must therefore be read as permitting a refugee to establish that his or her continued residence in Canada will not be detrimental to Canada, notwithstanding proof that the person is associated with or is a member of a terrorist organization. This permits a refugee to establish that the alleged association with the terrorist group was innocent. In such case, the Minister,

messages haineux et peut-être même aux menaces de violence : *Keegstra*, précité; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731. Parallèlement, la Cour a clairement indiqué que la restriction touchant cette forme d'expression peut se justifier au regard de l'article premier de la *Charte* : voir *Keegstra*, précité, p. 732-733. L'effet combiné de l'al. 2b) et de l'analyse de la justification au regard de l'article premier de la *Charte* laisse croire qu'une forme d'expression violente ou terroriste ou contribuant à la violence ou au terrorisme ne bénéficiera vraisemblablement pas de la protection des garanties prévues par la *Charte*.

Le pouvoir discrétionnaire de la ministre d'expulser une personne en vertu de l'art. 53 de la *Loi sur l'immigration* se limite, peu importe l'interprétation donnée à cette disposition, aux personnes qui ont commis des actes de terrorisme ou sont membres d'organisations terroristes et qui menacent la sécurité du Canada. Les personnes associées au terrorisme ou aux organisations terroristes — l'aspect central du débat — sont, selon la conception du terrorisme proposée plus tôt, des personnes qui sont ou ont été associées à des éléments dirigés vers la violence, voire associées à la violence même. Par conséquent, si la ministre exerce son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Loi, il n'y aura pas manquement à l'al. 2b) ou 2d) de la *Charte*.

M. Suresh affirme que l'art. 19 est rédigé en termes tellement larges qu'il pourrait englober les personnes qui sont membres d'une organisation terroriste ou participent à ses activités sans savoir que celle-ci se livre au terrorisme. Il souligne que beaucoup d'organisations auxquelles on reproche de soutenir le terrorisme appuient également l'aide humanitaire tant au Canada qu'à l'étranger. En fait, il fait valoir que c'est le cas des LTTE, l'association à laquelle on lui reproche d'appartenir. Bien qu'il semble ressortir clairement de la preuve que M. Suresh était au courant des activités terroristes des LTTE, il soutient qu'il pourrait en être autrement d'autres personnes qui en étaient membres ou participaient à ses activités. Ainsi, sans prôner sciemment le terrorisme et la violence, elles peuvent être considérées comme faisant partie de l'organisation et, partant, être susceptibles d'expulsion. Selon lui, ce résultat contreviendrait nettement aux al. 2b) et 2d) de la *Charte*.

Nous croyons que le législateur n'avait pas l'intention d'inclure dans la catégorie de personnes suspectes décrite à l'art. 19 celles qui, en toute innocence, apportent une contribution à des organisations terroristes ou en deviennent membres. Cette interprétation trouve appui dans la disposition édictée à la fin de l'art. 19, qui exclut des catégories décrites à l'art. 19 les personnes qui « convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national ». L'article 19 doit donc être considéré comme ayant pour effet de permettre à un réfugié de prouver que le fait qu'il continue de résider au Canada ne sera pas préjudiciable au Canada, malgré la preuve qu'il est associé à une organisation terroriste ou qu'il en est membre. Un réfugié peut ainsi établir que

exercising her discretion constitutionally, would find that the refugee does not fall within the targeted s. 19 class of persons eligible for deportation on national security grounds.

[306] The observation to be made is that the Supreme Court has ruled on whether the statutory scheme, which deems foreign nationals inadmissible to Canada, contravenes paragraphs 2(b) and 2(d) of the Charter.

[307] More particularly, in *Suresh*, the Supreme Court was asked to determine whether the class of persons designated in section 19 of the former Act referred to persons who, at entry into Canada, were or had been associated with terrorist acts or members of terrorist organizations — or — was Parliament's intention to include those who, after entry, committed terrorist acts or were members of terrorist organizations? The Court explained, at paragraph 105, why it need not answer the question:

We do not find it necessary to resolve this ambiguity, as in our opinion on either interpretation, s. 19 as incorporated into s. 53 does not breach the rights of free expression and association guaranteed by ss. 2(b) and 2(d) of the *Charter*. If s. 19, as used in s. 53, is interpreted as referring only to conduct prior to the point of entry, no constitutional problem arises. On the other hand, if it is interpreted as referring to post-entry conduct, we are satisfied that the conduct caught by the section, interpreted properly by the Minister, fails to attract constitutional protection because it would be conduct associated with violent activity. [Underlining added.]

[308] In its explicit consideration of the question whether subsection 19(1) of the former Act contemplated conduct prior to or after entry into Canada, a unanimous Supreme Court concluded that concern regarding infringement of section 2 Charter rights stemmed only from conduct which occurred after entry into Canada. Put another way, the inadmissibility provision does not restrict the individual's freedom of expression or association when it operates to exclude the person from entry to Canada.

l'association avec le groupe terroriste qu'on lui reproche avait un caractère innocent. En pareil cas, la ministre exercerait son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la Constitution en concluant que le réfugié n'appartient pas à la catégorie — visée à l'art. 19 — de personnes susceptibles d'expulsion pour des raisons de sécurité nationale.

[306] L'observation à faire, c'est que la Cour suprême s'est prononcée sur le point de savoir si le régime légal, qui répute les étrangers interdits de territoire, porte atteinte aux alinéas 2b) et 2d) de la Charte.

[307] Plus précisément, dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême était invitée à dire si la catégorie de personnes désignée dans l'article 19 de l'ancienne Loi s'entendait de personnes qui, à leur arrivée au Canada, étaient ou avaient été associées à des actes terroristes, ou étaient ou avaient été membres d'organisations terroristes, ou si le législateur avait plutôt à l'esprit les personnes qui, après leur admission au Canada, commettaient des actes terroristes ou devenaient membres d'organisations terroristes. La Cour suprême expliquait, au paragraphe 105, la raison pour laquelle il ne lui était pas nécessaire de répondre à la question :

Selon nous, il n'est pas nécessaire de résoudre cette ambiguïté, car nous estimons que, quelle que soit l'interprétation donnée à l'art. 19, tel qu'il est incorporé à l'art. 53, l'art. 19 ne porte pas atteinte à la liberté d'expression et à la liberté d'association garanties respectivement par les al. 2b) et 2d) de la *Charte*. Si l'on considère que l'art. 19, tel qu'il est utilisé dans l'art. 53, vise uniquement la conduite antérieure à l'entrée au pays, aucun problème ne se pose sur le plan constitutionnel. Par contre, si on considère qu'il vise la conduite postérieure à l'entrée au pays, nous sommes convaincus que la conduite en cause, interprétée correctement par la ministre, ne bénéficie pas de la protection constitutionnelle parce qu'il s'agit d'une conduite associée à de la violence. [Soulignement ajouté.]

[308] Examinant expressément la question de savoir si le paragraphe 19(1) de l'ancienne Loi se référait à une conduite antérieure ou postérieure à l'admission au Canada, la Cour suprême a conclu à l'unanimité que la question de savoir s'il y avait atteinte aux droits garantis par l'article 2 de la Charte ne se posait que pour la conduite postérieure à l'entrée au Canada. Autrement dit, la disposition relative à l'interdiction de territoire ne limite pas la liberté d'expression ou d'association de l'individu lorsqu'elle a pour effet de lui refuser l'admission au Canada.

[309] In my view, this provides a complete answer to Ms. Haj Khalil's submissions. To arrive at any other conclusion requires that I find the Supreme Court of Canada's ruling — that Canada's inadmissibility provisions do not infringe section 2 of the Charter with respect to conduct occurring prior to entry to Canada — flawed. I will do no such thing.

[310] Moreover, I agree with the defendant Crown that *Benner* and *Gamble* deal with circumstances wherein the effect of a law passed prior to the entrenchment of the Charter continues to have ongoing negative or discriminatory effect upon an individual. The impugned paragraph of the IRPA was not applicable to Ms. Haj Khalil at the time of her alleged membership or activities. Consequently, it could not have a continuous or ongoing negative effect. No ongoing infringement of Ms. Haj Khalil's paragraph 2(b) or 2(d) Charter rights has been demonstrated such that the Charter should apply to pre-Charter conduct. In short, the impugned inadmissibility provisions of the IRPA are not operating in a manner that restricts Ms. Haj Khalil's paragraph 2(b) or 2(d) rights to association or expression.

[311] Next, Ms. Haj Khalil contends that subsection 34(2) of the IRPA is rendered illusory by virtue of the implementation of the "new policy" discussed by the current Director of National Security. I prefer to address Ms. Haj Khalil's section 15 Charter argument first. I shall return then to her submissions regarding subsection 34(2) of the IRPA, that is, the ministerial exemption or ministerial relief provision.

(b) Section 15 of the Charter

[312] Section 15 of the Charter is concerned with equality rights. In general terms, it provides for equality before and under the law and equal protection and benefit of the law, without discrimination.

[313] Ms. Haj Khalil asserts that the inadmissibility provision draws a formal distinction between her and

[309] Selon moi, c'est là une réponse complète aux arguments de M^{me} Haj Khalil. Pour arriver à une autre conclusion, il faudrait que je dise que la décision de la Cour suprême du Canada — selon laquelle les dispositions relatives à l'interdiction de territoire n'enfreignent pas l'article 2 de la Charte pour ce qui est d'une conduite antérieure à l'entrée au Canada — est viciée. Je ne le ferai pas.

[310] Par ailleurs, je partage l'avis de la défenderesse pour qui les arrêts *Benner* et *Gamble* traitent de circonstances dans lesquelles une loi adoptée avant que la Charte ne devienne partie intégrante de la constitution canadienne continue d'avoir un effet défavorable ou discriminatoire sur une personne. L'alinéa contesté de la LIPR n'était pas applicable à M^{me} Haj Khalil au moment de sa présumée appartenance à une organisation ou de ses présumées activités au sein de cette organisation. Par conséquent, il ne pouvait pas avoir sur elle un effet défavorable persistant. Aucune atteinte constante aux droits garantis à M^{me} Haj Khalil par les alinéas 2b) ou 2d) de la Charte n'a été démontrée, qui ferait que la Charte devrait s'appliquer à une conduite antérieure à son entrée en vigueur. En bref, les dispositions contestées de la LIPR qui concernent l'interdiction de territoire n'ont pas pour effet de limiter la liberté d'association ou la liberté d'expression garanties à M^{me} Haj Khalil par les alinéas 2b) ou 2d).

[311] M^{me} Haj Khalil prétend ensuite que le paragraphe 34(2) de la LIPR est rendu illusoire par la mise en œuvre de la « nouvelle politique » énoncée par l'actuel directeur général de la Sécurité nationale. Je préfère étudier d'abord l'argument de M^{me} Haj Khalil touchant l'article 15 de la Charte. Je reviendrai ensuite à ses arguments se rapportant au paragraphe 34(2) de la LIPR, c'est-à-dire la disposition relative à la dispense ou dérogation ministérielle.

b) l'article 15 de la Charte

[312] L'article 15 de la Charte concerne les droits à l'égalité. De manière générale, il garantit l'égalité devant la loi, l'égalité de bénéfice et la protection égale de la loi, indépendamment de toute discrimination.

[313] M^{me} Haj Khalil dit que la disposition relative à l'interdiction de territoire établit une distinction officielle

others on the basis of her character as a stateless Palestinian working for the representative of her people and fails to take into account her already disadvantaged position as a stateless Palestinian without permanent residence or citizenship in Canada or elsewhere. She claims that this has resulted in substantively differential treatment.

[314] As a Palestinian, Ms. Haj Khalil claims “entitlement to work in lawful ways for the representative of her people, the PLO.” She alleges differential treatment “in being sanctioned for having worked as a journalist for a PLO magazine.” She argues that others “may engage in lawful expressive employment, including in Canada, without fear of sanction. Others may work for their governments, while she does not have a government, only a recognized multi-faceted national liberation movement.” Further, others are not “penalized for employment with their government, even where that government engages in human rights abuses, but has not been proscribed as such by the Minister or, where proscribed under section 35 of the IRPA, are not sanctioned unless they have held positions of influence in the particular government.”

[315] Aside from citing excerpts from various Supreme Court decisions, the above-noted submissions constitute the totality of Ms. Haj Khalil’s argument. The proposed comparator group is Canadian citizens or “those whose political beliefs are favoured” (by the Canadian government). In advancing her position, she relies on the evidence of Rex Jeffrey Bryen, the plaintiffs’ expert witness.

[316] Synoptically, Professor Bryen’s evidence indicated that after the original PLO of 1964 was discredited, the PLO, as we know it, was established as a vehicle for Palestinian nationalist aspirations. The PLO won formal recognition by the Arab League as the “sole legitimate representative of the Palestinian people” in

entre elle-même et d’autres personnes parce qu’elle est une Palestinienne apatride travaillant pour l’organisation représentative de son peuple, et que cette disposition ne prend pas en compte son handicap déjà existant en tant que Palestinienne apatride, dépourvue de résidence permanente ou de citoyenneté, au Canada ou ailleurs. Elle dit qu’il en a résulté une différence appréciable de traitement.

[314] En tant que Palestinienne, M^{me} Haj Khalil revendique [TRADUCTION] « le droit de travailler de façon légale pour l’organisation qui représente son peuple, l’OLP ». Elle allègue une différence de traitement [TRADUCTION] « parce qu’elle a été sanctionnée pour avoir travaillé comme journaliste pour un organe d’information de l’OLP ». Elle fait valoir que d’autres personnes [TRADUCTION] « peuvent exercer, y compris au Canada, et sans craindre d’être sanctionnées, un emploi licite requérant l’expression d’opinions. D’autres personnes peuvent travailler pour leurs gouvernements, alors qu’elle-même n’a aucun gouvernement, uniquement un mouvement reconnu et multiforme de libération nationale ». Par ailleurs, d’autres personnes ne sont pas [TRADUCTION] « pénalisées pour l’emploi qu’elles occupent auprès de leur gouvernement, alors même que ce gouvernement commet des violations des droits de l’homme, sans avoir été exclu en tant que tel par le ministre, ou, si ledit gouvernement a été exclu en vertu de l’article 35 de la LIPR, ne sont pas pénalisées à moins d’avoir occupé dans ledit gouvernement des postes de rang supérieur ».

[315] Outre les extraits que M^{me} Haj Khalil cite de divers arrêts de la Cour suprême, les prétentions susmentionnées constituent la totalité de son argumentation. Le groupe de comparaison proposé est constitué des citoyens canadiens ou [TRADUCTION] « des personnes dont les convictions politiques sont favorisées » (par le gouvernement canadien). À l’appui de sa position, elle invoque le témoignage de Rex Jeffrey Bryen, le témoin expert des demandeurs.

[316] En résumé, le professeur Bryen disait dans son témoignage qu’après que l’OLP originale de 1964 fut discréditée, l’OLP, telle que nous la connaissons, fut établie comme moyen de concrétiser les aspirations nationalistes palestiniennes. L’OLP fut officiellement reconnue par la Ligue arabe en 1974 comme « le seul

1974. It was accorded observer status in the United Nations. Canada has, for many years, permitted *de facto* PLO diplomatic representation through the office of the Arab League in Ottawa.

[317] By the late 1970s, the PLO had assumed a pre-eminent position and operated as a quasi-state entity (with a parliament, executive, military and social service institutions and diplomatic representation abroad) and was regarded by Palestinians as the “political expression of their politics and their aspirations for self-determination.” It was the umbrella for virtually all Palestinian nationalist politics worldwide.

[318] Professor Bryen explained that the PLO does not have a system of formal “membership.” Rather, it acts as a state-like entity, governed by a coalition of Palestinian nationalist organizations. Palestinians are not “members” of the PLO, but may work for it and/or be members of particular Palestinian political parties.

[319] Fatah has long been the largest Palestinian party and the mainstream nationalist group. Historically, it dominated the PLO and many of its institutions (including the PLO publication *Falastin al-Thawra*). The PLO and most of its constituent groups supported the use of “armed struggle” to achieve Palestinian self-determination. However, there has always been considerable diversity of opinion within the PLO (and among Palestinians) as to the merits of paramilitary versus diplomatic means for achieving Palestinian aspirations. In 1993, it was the Fatah-dominated PLO that signed the Oslo peace accords [*Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements*] with Israel and was formally recognized by Israel as the “representative of the Palestinian people.” With the signing of the Oslo accords, the PLO formally adopted a two-state solution and eschewed violence as a means for resolving its dispute with Israel.

[320] The role of Fatah in the evolution of Palestinian politics during the 1980s is a matter of debate. Professor

représentant légitime du peuple palestinien ». Elle a obtenu le statut d’observateur aux Nations Unies. Le Canada, depuis de nombreuses années, autorise *de facto* la représentation diplomatique de l’OLP par l’entremise des bureaux de la Ligue arabe à Ottawa.

[317] À la fin des années 1970, l’OLP occupait une position prééminente et avait un statut de quasi-État (doté d’un parlement, d’un pouvoir exécutif, d’une armée et de services sociaux, ainsi que de représentations diplomatiques à l’étranger). Les Palestiniens la considéraient comme « l’expression de leur vie politique et de leurs aspirations à l’autodétermination ». Elle était le porte-parole, partout dans le monde, de la quasi-totalité des aspirations nationalistes palestiniennes.

[318] Le professeur Bryen a expliqué que l’OLP ne dispose pas d’un système d’« appartenance » formelle. Elle agit plutôt en tant qu’entité assimilable à un État, gouvernée par une coalition d’organisations nationalistes palestiniennes. Les Palestiniens ne sont pas « membres » de l’OLP, mais peuvent travailler pour elle ou être membres de tel ou tel parti politique palestinien.

[319] Le Fatah est depuis longtemps le plus important parti politique palestinien et le principal groupe nationaliste. Il domine depuis longtemps l’OLP et nombre de ses institutions (y compris la publication de l’OLP, *Falastin al-Thawra*). L’OLP et la plupart de ses groupes constitutifs ont appuyé le recours au « combat armé » pour parvenir à l’autodétermination palestinienne. Cependant, il y a toujours eu une considérable divergence de vues au sein de l’OLP (et parmi les Palestiniens) sur le bien-fondé de moyens paramilitaires par rapport aux moyens diplomatiques de réaliser les aspirations palestiniennes. En 1993, l’OLP était dominée par le Fatah lorsqu’elle a signé les accords de paix d’Oslo [*Declarations of Principles on Interim Self-Government Arrangements*] avec Israël et a été officiellement reconnue par Israël comme le « représentant du peuple palestinien ». En signant les accords d’Oslo, l’OLP adoptait officiellement la solution consistant à faire coexister deux États, et elle renonçait à la violence comme moyen de régler son différend avec Israël.

[320] Le rôle du Fatah dans l’évolution de la politique palestinienne durant les années 1980 est sujet à

Bryen preferred a more “nuanced” approach to the ideology of Yasser Arafat, who controlled Fatah, than did the defendant’s expert David Schenker. I do not intend to delve into this debate. The experts are committed to their respective positions. I need not choose one view over the other because nothing turns on the point. The experts agreed that Fatah factions participated in acts of terrorism during the 1980s.

[321] Before turning to the issue of section 15, I note that exception was taken by plaintiffs’ counsel to the use, throughout the record, of the term PLO to describe Fatah. While that criticism is justified, I think that it is fair to say that because Fatah controlled the PLO for many years, there was a tendency to use the terms interchangeably, notwithstanding that it is incorrect to do so. For example, it is clear to me that Ian Taylor was well aware of the distinction. Ms. Haj Khalil would be hard-pressed to say otherwise. Yet, during his evidence, even he at one point stated, “the fact that the PLO had used terrorism was a historical fact” (transcript, at page 3610).

[322] The seminal authority regarding the section 15 analysis is *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497. The basic considerations entailed in the analysis were succinctly outlined in *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, at paragraph 17:

To establish a violation of s. 15(1), the claimant must establish on a civil standard of proof that: (1) the law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (2) one or more enumerated or analogous grounds are the basis for the differential treatment; and (3) the law in question has a purpose or effect that is discriminatory in the sense that it denies human dignity or treats people as less worthy on one of the enumerated or analogous grounds.

[323] In *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, Chief Justice McLachlin stated that there is [at paragraph 23] “no magic in a particular statement of the elements

controverse. Le professeur Bryen privilégiait, quant à l’idéologie de Yasser Arafat, qui dominait le Fatah, une approche plus « nuancée » que ne l’a fait le témoin expert de la défenderesse, David Schenker. Je n’entends pas aller plus avant dans ce débat. Les experts restent sur leurs positions respectives. Il ne m’est pas nécessaire de privilégier un point de vue plutôt que l’autre, parce que l’issue de la présente instance n’en dépend pas. Les experts s’accordent à dire que des factions du Fatah ont participé à des actes de terrorisme durant les années 1980.

[321] Avant de passer à la question de l’article 15, je relève que l’avocate des demandeurs s’est opposée à l’emploi, partout dans le dossier, de l’acronyme OLP pour décrire le Fatah. Cette critique est justifiée, mais je crois qu’il est juste de dire que, puisque le Fatah a dominé l’OLP durant de nombreuses années, on en est venu à employer OLP et Fatah sans faire de différence, bien que cela soit incorrect. Par exemple, il m’apparaît clair que Ian Taylor était bien au fait de la distinction. M^{me} Haj Khalil aurait du mal à dire le contraire. Or, durant son témoignage, M. Taylor lui-même a déclaré à un certain moment : [TRADUCTION] « le fait que l’OLP a eu recours au terrorisme était un fait historique » (transcription, à la page 3610).

[322] L’arrêt faisant autorité en ce qui concerne l’analyse requise par l’article 15 est l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497. Les facteurs essentiels que comporte l’analyse ont été décrits succinctement dans l’arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, au paragraphe 17 :

Pour établir une violation du par. 15(1), la demanderesse doit, selon la norme de preuve en matière civile, démontrer que (1) par son objet ou ses effets, la règle de droit contestée la traite différemment d’autrui, (2) ce traitement différent est fondé sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues, et (3) l’objet ou les effets de la règle de droit sont discriminatoires en ce que celle-ci porte atteinte à la dignité humaine ou traite certaines personnes comme si elles étaient moins dignes d’être reconnues pour l’un ou l’autre des motifs énumérés ou analogues.

[323] Dans l’arrêt *Auton (Tutrice à l’instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, la juge en chef McLachlin écrivait [au paragraphe 23] qu’« [i]l n’y a pas d’énoncé type des

that must be established to prove a claim under s. 15(1)” and [at paragraph 25] an “overly technical approach [should] be avoided.”

[324] This Court has addressed the issue of whether paragraph 34(1)(f) infringes section 15 of the Charter. Madam Justice Snider, in *Al Yamani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 149 C.R.R. (2d) 340 (F.C.) (*Al Yamani*), was confronted with the argument that paragraph 34(1)(f) is unconstitutional because it results in discrimination as contemplated by subsection 15(1) of the Charter in that it [at paragraph 47] “proscribes associations and activities that are lawful for Canadian citizens but are not lawful for non-citizens.” Justice Snider’s consideration of the argument is found at paragraphs 42-56 of her reasons:

The first general problem that I have with Mr. Al Yamani’s argument is the attempt to re-characterize his membership as being in the PLO. The application of s. 34(1)(f) is made in respect to his membership in the PFLP, an organization that has been found — in the Board’s decision and, on a broader base, by the Government of Canada — to be a terrorist organization. As pointed out by the Board at para. 43:

Mr. Al Yamani has not been and is not subject to Immigration proceedings because he is a Palestinian who engages in activities of a political nature. He is not the subject of these proceedings based on any association he may have to the PLO and his support for the Palestinian cause, but based on his involvement and membership in an organization (the PFLP) which has engaged in terrorist activities.

Accordingly, when assessing the merits of Mr. Al Yamani’s *Charter* arguments, the starting point is that Mr. Al Yamani’s membership is in the PFLP.

The question posed by Mr. Al Yamani is, in my view, completely on all fours with the issue before the Supreme Court of Canada in *Suresh*. In that case, the Supreme Court was considering the deportation of Mr. Suresh who was a member and fundraiser of the Liberation Tigers of Tamil Eelam (the LTTE), an organization alleged to be engaged in terrorist activity in Sri Lanka. The provisions in question under the former *Immigration Act* and the issues before the Supreme Court were substantially identical to those before me. Mr. Suresh’s arguments to the Supreme Court were summarized at para. 100:

éléments à établir à l’appui d’une demande fondée sur le par. 15(1) », et [au paragraphe 25] qu’« il faut s’abstenir d’interpréter le par. 15(1) de manière trop technique ».

[324] Notre Cour a examiné le point de savoir si l’alinéa 34(1)(f) porte atteinte à l’article 15 de la Charte. La juge Snider, dans la décision *Al Yamani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 1457 (arrêt *Al Yamani*), devait étudier l’argument selon lequel l’alinéa 34(1)(f) est inconstitutionnel parce qu’il conduit à la discrimination qu’envisage le paragraphe 15(1) de la Charte, en ce sens qu’il [au paragraphe 47] « interdit des associations et des activités qui sont licites pour les citoyens canadiens, mais illicites pour les non-citoyens ». La juge Snider dispose ainsi de l’argument aux paragraphes 42 à 56 de ses motifs :

Le premier reproche d’ordre général que je ferais à l’argumentation de M. Al Yamani, c’est que celui-ci tente de se qualifier désormais de membre de l’OLP. Or, on lui applique l’alinéa 34(1)(f) du fait de son appartenance au FPLP, une organisation qui est jugée être terroriste — selon la décision de la Commission et, de manière plus générale, par le gouvernement du Canada. La Commission a fait remarquer ce qui suit à ce sujet (au paragraphe 43) :

M. Al Yamani n’a pas fait, et ne fait pas, l’objet des procédures actuelles en matière d’immigration parce qu’il est un Palestinien qui s’est livré à des activités de nature politique. S’il fait l’objet des procédures actuelles, ce n’est ni en raison de tout lien qu’il pourrait entretenir avec l’OLP, ni en raison de son soutien à la cause palestinienne, mais bien parce qu’il a participé et adhéré à une organisation (le FPLP) qui s’est livrée à des activités terroristes.

Par conséquent, lorsqu’on apprécie le bien-fondé des arguments de M. Al Yamani fondés sur la Charte, on doit adopter comme prémisse que M. Al Yamani est membre du FPLP.

Selon moi, la question posée par M. Al Yamani cadre parfaitement avec celle dont la Cour suprême du Canada était saisie dans *Suresh*. Dans cette affaire, la Cour suprême s’est penchée sur la question de l’expulsion de M. Suresh, qui était membre des Tigres libérateurs de l’Eelam Tamoul (les TLET) et recueillait des fonds pour cette organisation, à qui on imputait des actes de terrorisme au Sri Lanka. Les dispositions concernées de l’ancienne *Loi sur l’immigration* et les questions soumises à la Cour suprême étaient essentiellement les mêmes que celles en cause en l’espèce. La Cour suprême a résumé comme suit (au paragraphe 100) les arguments que lui a présentés M. Suresh :

Suresh argues that the Minister's issuance of the certificate under s. 40.1 of the *Immigration Act* and the order declaring him a danger to the security of Canada under s. 53(1)(b) on the ground that he was a member of the LTTE violate his *Charter* rights of free expression and free association and cannot be justified. He points out that he has not been involved in actual terrorist activity in Canada, but merely in fund-raising and support activities that may, in some part, contribute to the civil war efforts of Tamils in Sri Lanka. He also points out that it is not a criminal offence to belong to such an organization and that the government seeks to deport him for something that Canadian citizens may lawfully do without sanction. He suggests that inclusion of mere membership in an organization that has been or will be involved in acts of terrorism unjustifiably limits the freedom of Convention refugees to express their views on dissident movements outside the country, as well as their freedom to associate with other people in Canada who come from similar backgrounds. He points out that the alleged terrorist organizations he was found to have been a member of are engaged in many positive endeavours to improve the lives of people in Canada and are not involved in violence here.

The Supreme Court rejected these arguments completely concluding that there was no breach of Mr. Suresh's rights under s. 2 of the *Charter*. At paras. 107-111, the reasons of the Supreme Court are set out:

...

In spite of Mr. Al Yamani's efforts, I can see nothing to distinguish the decision in *Suresh* from the facts before me. For example, Mr. Suresh's activities within the organization, like Mr. Al Yamani's, were administrative rather than directly involved in acts of terrorism. Mr. Suresh argued that his organization engaged in humanitarian activities as well as alleged terrorism; so does Mr. Al Yamani. The LTTE, like the PFLP, was described as "multi-faceted". In *Suresh*, the Supreme Court referred to the ministerial exemption as allowing a claimant to assert his innocent association with a terrorist organization. Similarly, ministerial exemption is available to Mr. Al Yamani pursuant to s. 34.2 of *IRPA*.

Thus, the Board's decision is consistent with the Supreme Court of Canada's findings in *Suresh* and is supported by the evidence. In my view, the Board correctly concluded that the provisions of s. 34(1)(f) of *IRPA* did not breach Mr. Al Yamani's rights under s. 2 of the *Charter*.

M. Suresh soutient que l'attestation délivrée par le ministre en vertu de l'art. 40.1 de la *Loi sur l'immigration* et l'ordonnance déclarant qu'il constitue un danger pour la sécurité du Canada au sens de l'al. 53(1)b) parce qu'il est membre des LTTE restreignent le droit à la liberté d'expression et à la liberté d'association que lui garantit la *Charte* et que cette restriction ne saurait se justifier. Il fait valoir qu'il ne s'est livré en fait à aucune activité terroriste au Canada, mais qu'il a seulement recueilli des fonds et appuyé des activités qui pourraient, jusqu'à un certain point, soutenir les Tamouls dans le contexte de la guerre civile qui fait rage au Sri Lanka. Il ajoute que l'appartenance à une organisation de ce genre ne constitue pas une infraction criminelle et que le gouvernement veut l'expulser pour quelque chose que tout citoyen canadien peut faire légalement sans encourir de sanction. Il soutient que le motif d'expulsion fondé sur la seule appartenance à une organisation qui s'est livrée ou qui se livrera à des actes de terrorisme restreint indûment la liberté des réfugiés au sens de la Convention d'exprimer leur point de vue sur des mouvements dissidents à l'étranger, de même que leur liberté de s'associer au Canada à d'autres personnes ayant les mêmes origines. Il fait observer que les prétendues organisations terroristes dont il aurait été membre participent à de nombreuses entreprises bénéfiques visant à améliorer le sort de personnes habitant le Canada et ne prennent part à aucun acte de violence dans notre pays.

La Cour suprême a totalement rejeté ces arguments et conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits garantis à M. Suresh par l'article 2 de la Charte. Les motifs en sont énoncés par la Cour suprême aux paragraphes 107 à 111 de l'arrêt :

[...]

Malgré les efforts déployés par M. Al Yamani, rien ne permet selon moi de distinguer les faits d'espèce de ceux en cause dans l'affaire *Suresh*. Ainsi par exemple, les activités de M. Suresh au sein de l'organisation dont il était membre étaient, comme celles de M. Al Yamani, de nature administrative plutôt que liées directement à des actes terroristes. M. Suresh soutenait que son organisation exerçait des activités humanitaires outre les prétendues activités terroristes qu'on lui imputait, et M. Al Yamani a soutenu la même chose. Et tout comme les LTTE, on a décrit le PFLP comme ayant de multiples facettes. Dans l'arrêt *Suresh*, enfin, la Cour suprême a déclaré qu'un demandeur peut faire valoir que son association avec une organisation terroriste est innocente pour obtenir une dispense du ministre. De même façon, une telle dispense ministérielle peut être obtenue par M. Al Yamani en vertu du paragraphe 34(2) de la LIPR.

Ainsi, la décision tirée par la Commission est conforme aux conclusions auxquelles la Cour suprême en est arrivée dans l'arrêt *Suresh* et elle est étayée par la preuve. C'est à juste titre, à mon avis, que la Commission a conclu que les dispositions de l'alinéa 34(1)f) de la LIPR ne contreviennent en rien aux droits de M. Al Yamani garantis par l'article 2 de la Charte.

4. Is s. 34(1)(f) of IRPA in violation of s. 15 of the Charter?

Mr. Al Yamani also argues that s. 34(1)(f) results in discrimination as contemplated by s. 15(1) of the *Charter*. In his view, s. 34(1)(f) proscribes associations and activities that are lawful for Canadian citizens but are not lawful for non-citizens. Mr. Al Yamani asserts that non-citizenship falls within an “analogous ground” to those set out in s. 15 of the *Charter*. He also submits that, as a non-citizen and a stateless Palestinian, he is already in a disadvantageous position within Canadian society and that the discriminatory treatment he receives under s. 34(1)(f) provides for substantially different treatment between him and Canadian citizens.

In my view, there are a number of reasons why the Board was correct in rejecting these arguments.

An analysis under s. 15(1) involves two steps (see, for example, *Law Society British Columbia v. Andrews*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296). First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law, as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination. At this second stage, in order for discrimination to be made out, the claimant must show that the denial rests on one of the grounds enumerated in s. 15(1) or an analogous ground and that the unequal treatment is based on the stereotypical application of presumed group or personal characteristics.

It appears that Mr. Al Yamani, as a non-citizen, is not equally treated under the law. Accordingly, there may be some argument that he satisfies the first part of the s. 15 *Charter* analysis, since s. 34 does not apply to Canadian citizens. However, in that regard, I would note that the *Charter* recognizes the distinction between Canadian citizens and non-citizens. As stated by the Supreme Court of Canada in the leading case of *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] S.C.J. No. 27 at para. 32:

[Section] 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and permanent residents in this regard. While permanent residents are given various mobility rights in s. 6(2), only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada in s. 6(1). There is therefore no discrimination contrary to s. 15 in a deportation scheme that applies to permanent residents, but not to citizens. [Emphasis added.]

Even if I were to conclude that Mr. Al Yamani demonstrates a denial of equal treatment, the key to the second step of the

4. L’alinéa 34(1)f) de la LIPR enfreint-il l’article 15 de la Charte?

M. Al Yamani soutient en outre que l’alinéa 34(1)f) entraîne une discrimination interdite au paragraphe 15(1) de la Charte. Selon lui, en effet, l’alinéa 34(1)f) interdit des associations et des activités qui sont licites pour les citoyens canadiens et illicites pour les non-citoyens. M. Al Yamani fait valoir à cet égard que la non-citoyenneté constitue un « motif analogue » à ceux énoncés à l’article 15 de la Charte. Il soutient en outre qu’en tant que non-citoyen et Palestinien apatride, il est déjà défavorisé au sein de la société canadienne et que le traitement discriminatoire dont il fait l’objet en vertu de l’alinéa 34(1)f) fait en sorte qu’on lui réserve un traitement sensiblement différent de celui obtenu par les citoyens canadiens.

Selon moi, divers motifs font que le rejet par la Commission de ces arguments est justifié.

L’examen fondé sur le paragraphe 15(1) se fait en deux étapes (voir, par exemple, l’arrêt *Law Society British Columbia c. Andrews*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296). Le demandeur doit, premièrement, démontrer qu’on l’a privé de la « même protection » ou du « même bénéfice » de la loi par comparaison avec un tiers. Il doit, deuxièmement, démontrer que cette privation constitue de la discrimination. Pour faire la preuve d’une discrimination, à cette seconde étape, le demandeur doit démontrer que la privation repose sur l’un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou un motif analogue et que l’inégalité de traitement se fonde sur l’attribution de caractéristiques personnelles ou de groupe présumées en fonction de stéréotypes.

Il semble que M. Al Yamani, en tant que non-citoyen, ne bénéficie pas d’un traitement égal devant la loi. On pourrait débattre, par conséquent, s’il satisfait aux exigences de la première étape de l’examen fondé sur l’article 15 de la Charte, comme l’article 34 ne s’applique pas aux citoyens canadiens. Je ferais toutefois remarquer, à cet égard, que la Charte reconnaît l’existence d’une distinction entre citoyens et non-citoyens du Canada. La Cour suprême a ainsi déclaré ce qui suit dans l’arrêt-clé *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chiarelli*, [1992] A.C.S. n° 27 (au paragraphe 32) :

[L’article] 6 de la Charte prévoit expressément un traitement différent à cet égard pour les citoyens et les résidents permanents. Si les résidents permanents jouissent aux termes du par. 6(2) de certains droits à la liberté de circulation, seuls les citoyens se voient conférer au par. 6(1) le droit de demeurer au Canada, d’y entrer ou d’en sortir. Ne constitue donc pas une discrimination interdite par l’art. 15 un régime d’expulsion qui s’applique aux résidents permanents, mais non aux citoyens. [Non souligné dans l’original.]

Même si je devais conclure que M. Al Yamani a démontré qu’on l’avait privé d’un traitement égal, l’élément clé quant à

analysis is in the nature of Mr. Al Yamani's membership. Was his membership in the PFLP one that is referred, directly or by analogy, to those interests protected under s. 15? If the answer to that is negative, s. 15 is not engaged.

In my view, no analogy can be made between the grounds of discrimination listed in s. 15(1) and membership in a terrorist organization. As discussed above, the case before me is not about membership in the governing PLO; rather, it is a case about membership in a terrorist organization.

Membership in the PFLP cannot be described as an immutable characteristic, such as race or sex (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418). Mr. Al Yamani's existence as a Palestinian is, I agree, a constant. The same cannot be said about his voluntary membership in the PFLP. The record demonstrates that, as Mr. Al Yamani found it expedient to do so, he ceased his PFLP activities or, as of 1992, resigned from the organization. The ability to opt in or out of a group is entirely inconsistent with the grounds — both stated and analogous — set out in s. 15. On this basis, Mr. Al Yamani's claim that s. 34(1)(f) violates his s. 15 rights is without merit. His right to belong to a terrorist organization do not fall within the rights protected by s. 15.

I do not disagree with Mr. Al Yamani that the Supreme Court, in *Andrews* above, determined that the distinction made on the basis of citizenship is an analogous ground under s. 15 of the *Charter*. This was affirmed by the Supreme Court in *Lavoie v. Canada*, [2002] 1 S.C.R. 769. However, these cases do not assist Mr. Al Yamani for the simple reason that s. 34(1)(f) is not about a person's citizenship; rather, it is about the rights of Canada to refuse admission to Canada of a person who belongs to an organization that engages, has engaged or will engage in terrorist acts.

Moreover, Justices MacLachlin [*sic*] and l'Heureux-Dubé in *Lavoie*, at para. 2, pointed out that “[a] discriminatory distinction is one that violates human dignity”. Although the discriminatory distinction of citizenship has been found to violate human dignity, it is hard to imagine how discriminating against a non-citizen because of his association with a terrorist organization violates that person's human dignity. As pointed out by the Respondent, “terrorist activity is directly inimical to s. 15(1)'s purposes of ensuring the dignity of all persons”.

There is no need to carry out any further s. 15 *Charter* analysis. Mr. Al Yamani fails to meet the threshold requirement

la seconde étape de l'examen est la nature de l'appartenance de M. Al Yamani au FPLP. Cette appartenance constitue-t-elle, directement ou par analogie, un intérêt protégé par l'article 15? Si l'on répond par la négative à cette question, l'article 15 ne s'applique pas.

À mon avis, on ne peut établir aucune analogie entre les motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) et l'appartenance à une organisation terroriste. Comme je l'ai dit, la présente affaire ne met pas en cause l'appartenance à l'organe directeur qu'est l'OLP, mais bien plutôt l'appartenance à une organisation terroriste.

On ne peut qualifier de condition immuable, comme le sont la race ou le sexe, l'appartenance au FPLP (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418). L'existence de M. Al Yamani en tant que Palestinien est, je veux bien l'admettre, une constante. On ne peut toutefois pas en dire autant de son appartenance volontaire au FPLP. Le dossier révèle à cet égard que M. Al Yamani interrompait ses activités au sein du FPLP lorsqu'il le jugeait à propos, et qu'il y a même mis un terme en 1992. La capacité de se joindre à un groupe ou de s'en retirer est de nature totalement incompatible avec les motifs — tant énumérés qu'analogues — de l'article 15. À ce titre, la prétention de M. Al Yamani selon laquelle le paragraphe 34(1)(f) contrevient aux droits que lui garantit l'article 15 est sans fondement. Parmi les droits garantis par l'article 15, on ne trouve pas celui d'appartenir à une organisation terroriste.

Je ne suis pas en désaccord avec M. Al Yamani lorsqu'il dit que dans l'arrêt *Andrews*, précité, la Cour suprême a statué que la distinction établie en fonction de la citoyenneté constitue un motif analogue à ceux énumérés à l'article 15 de la *Charte*. La Cour suprême l'a confirmé dans l'arrêt *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769. Ces deux arrêts ne sont toutefois d'aucune aide pour M. Al Yamani pour le simple motif que l'alinéa 34(1)(f) n'a pas trait à la citoyenneté d'un individu. Il se rapporte plutôt au droit qu'a le Canada de refuser l'admission au Canada d'une personne membre d'une organisation qui est, a été ou sera l'auteur d'actes terroristes.

Dans l'arrêt *Lavoie*, en outre, les juges MacLachlin et l'Heureux-Dubé ont souligné (au paragraphe 2) qu'une « distinction est discriminatoire lorsqu'elle porte atteinte à la dignité humaine ». Bien qu'on ait conclu que la distinction discriminatoire fondée sur la citoyenneté portait atteinte à la dignité humaine, il est difficile de concevoir comment une discrimination à l'encontre d'un non-citoyen en raison de son association avec une organisation terroriste pourrait porter atteinte à sa dignité humaine. Comme l'a fait remarquer le défendeur, [traduction] « l'activité terroriste contrevient directement à l'objet même du paragraphe 15(1), qui est d'assurer la dignité de tous ».

Il n'est pas nécessaire de procéder plus avant à un examen fondé sur l'article 15 de la *Charte*. M. Al Yamani ne satisfait

of s. 15 that membership in a terrorist organization is a right that is protected by s. 15.

[325] There are striking similarities between *Al Yamani* and this case. It is true that Canadian citizens are not subject to paragraph 34(1)(f) of the IRPA. Assuming that this constitutes differential treatment, Ms. Haj Khalil submits that the provision draws a distinction based on her “character as a stateless Palestinian working for the representative of her people.” Notably, Ms. Haj Khalil’s inadmissibility arose from her (albeit now disputed) membership in Fatah, an organization that was once a terrorist organization, but is no longer considered as such today.

[326] The fundamental flaw in Ms. Haj Khalil’s position is her failure to appreciate that it was not her “character as a stateless Palestinian” or even her participation in the PLO that precipitated the distinction or differential treatment. Rather, it was Ms. Haj Khalil’s declaration on her PIF and her testimony at her refugee hearing that she was a member of Fatah. Mr. Taylor spoke of Fatah members being found inadmissible, but also stated that (depending on past involvement) they often made good candidates for ministerial relief. Indeed, one of the plaintiffs’ witnesses was such a person.

[327] Further, not all Palestinians are deemed inadmissible when they seek permanent residence in Canada. This country is home to many people of Palestinian origin. While personal participation in the PLO may be contingent on membership in one of its constituent organizations, it does not follow that all constituent organizations are caught by paragraph 34(1)(f). I was not referred to a single example where a member of the Red Crescent Society (also a PLO member organization) working for the “representative of [the Palestinian] people” had been determined inadmissible. There were many student organizations and labour groups that were members of the PLO, but were not engaged in terrorism of any description. If the organization for which an individual was employed was not associated with terrorist activity, paragraphs 34(1)(c) and 34(1)(f) are not triggered.

pas à une condition fondamentale pour que l’article 15 puisse s’appliquer, comme il n’a pas démontré que l’appartenance à une organisation terroriste constitue un droit garanti par l’article 15.

[325] Il y a des ressemblances frappantes entre l’affaire *Al Yamani* et la présente. Il est vrai que les citoyens canadiens ne sont pas assujettis à l’alinéa 34(1)f) de la LIPR. Supposant que cela constitue une différence de traitement, M^{me} Haj Khalil dit que la disposition établit une distinction fondée sur son [TRADUCTION] « état de Palestinienne apatride travaillant pour l’organisation qui représente son peuple ». Fait à noter, l’interdiction de territoire de M^{me} Haj Khalil résultait de son appartenance (d’ailleurs aujourd’hui contestée) au Fatah, une ancienne organisation terroriste qui n’est plus considérée comme telle aujourd’hui.

[326] Le vice fondamental de la position de M^{me} Haj Khalil est le fait qu’elle ne comprend pas que ce n’est pas son « état de Palestinienne apatride », ni même son appartenance à l’OLP, qui est à l’origine de la distinction ou de la différence de traitement. C’est plutôt le fait qu’elle a déclaré, dans son FRP et durant son témoignage au cours de l’audience du statut de réfugié la concernant, qu’elle était membre du Fatah. M. Taylor a parlé de membres du Fatah qui ont été déclarés interdits de territoire, mais il a dit aussi que (en fonction de leur rôle antérieur) ils étaient souvent de bons candidats pour une dérogation ministérielle. D’ailleurs, l’un des témoins des demandeurs comptait parmi eux.

[327] Par ailleurs, tous les Palestiniens ne sont pas déclarés interdits de territoire lorsqu’ils sollicitent la résidence permanente au Canada. Le Canada compte parmi sa population beaucoup de gens d’origine palestinienne. L’appartenance d’une personne à l’OLP peut dépendre de son appartenance à l’une de ses organisations constituantes, mais il ne s’ensuit pas que toutes les organisations constituantes tombent sous le coup de l’alinéa 34(1)f). On ne m’a signalé aucun cas où un membre de la Société du Croissant-Rouge (elle aussi organisation membre de l’OLP) travaillant pour l’« organisation représentative du peuple palestinien » avait été frappé d’interdiction de territoire. Nombre d’organisations étudiantes et d’associations de travailleurs ont été membres de l’OLP, sans s’être jamais livrées à de quelconques activités terroristes. Si l’organisation pour laquelle a travaillé une personne n’a

[328] I therefore reject Ms. Haj Khalil's characterization of the applicable analogous ground. Consequently, my analysis of the section 15 claim need go no further because the claim fails at this stage. I concur with Justice Snider that membership in an organization that is or was affiliated with terrorism is not an analogous ground deserving of Charter protection.

[329] However, even if I were prepared to accept the characterization of the applicable analogous ground and the proposed comparator groups, there is a paucity of evidence to indicate that Palestinians are treated any differently from other groups of foreign nationals applying for permanent residence in Canada. There is no evidence indicating how many Palestinians apply for status, how many are found inadmissible by virtue of paragraph 34(1)(f), and, if such evidence were available, how those numbers compare to other groups of foreign nationals. In short, there is an allegation here, but there is no evidence to support it. Moreover, in principle, denying status to those who may be or may have been members of terrorist organizations is a justifiable objective. Even if Ms. Haj Khalil had established a violation of section 15 (and she has not), I seriously doubt that her claim could survive a section 1 Charter analysis.

(c) Subsection 34(2) of the IRPA is illusory

[330] Ms. Haj Khalil takes the position that "notwithstanding the [Supreme] Court's reasoning [in *Suresh*], the ministerial relief provision does not operate to save paragraph 34(1)(f) of the IRPA." She contends that the Supreme Court focussed "on the ministerial exemption discretion as the means to save the overly broad reach of the provision." However, the "application [of the exemption provision] was not before the Court." Ms. Haj Khalil maintains that the Minister's discretion to determine whether an inadmissible person's presence is detrimental to "national interest" is so broad that the remedy is largely illusory.

pris part à aucune activité terroriste, les alinéas 34(1)c) et 34(1)f) n'entrent pas en jeu.

[328] Je rejette donc la description que fait M^{me} Haj Khalil du motif analogue en cause. Par conséquent, il ne m'est pas nécessaire d'aller plus loin dans mon analyse de l'argument fondé sur l'article 15, parce que l'argument échoue à cette étape. Je partage l'avis de la juge Snider selon lequel l'appartenance à une organisation qui est ou a été affiliée au terrorisme ne constitue pas un motif analogue méritant la protection de la Charte.

[329] Cependant, même si j'étais disposée à admettre la description du motif analogue, et à admettre le groupe de comparaison proposé, la preuve ne montre pas que les Palestiniens sont traités différemment d'autres groupes d'étrangers qui sollicitent la résidence permanente au Canada. On ne sait pas combien de Palestiniens sollicitent la résidence permanente, ni combien sont déclarés interdits de territoire en application de l'alinéa 34(1)f), et, quand bien même le saurait-on, on ne sait pas comment ces chiffres se comparent à ceux qui concernent d'autres groupes d'étrangers. En bref, on allègue ici une chose, mais on n'a rien pour la prouver. Par ailleurs, en principe, l'idée de refuser la résidence permanente à ceux qui peuvent ou ont pu être membres d'organisations terroristes est un objectif justifiable. Même si M^{me} Haj Khalil avait prouvé une atteinte à l'article 15 (et elle ne l'a pas prouvée), je doute sérieusement que sa prétention puisse survivre à une analyse fondée sur l'article premier de la Charte.

c) le paragraphe 34(2) de la LIPR

[330] M^{me} Haj Khalil est d'avis que [TRADUCTION] « nonobstant le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Suresh*, la disposition relative à la dérogation ministérielle n'a pas pour effet de valider l'alinéa 34(1)f) de la LIPR ». Selon elle, la Cour suprême s'est appuyée [TRADUCTION] « sur le pouvoir discrétionnaire de dispense ministérielle en tant que moyen de compenser la portée excessive de la disposition ». Cependant, [TRADUCTION] « la Cour n'était pas saisie de l'application [de la disposition relative à la dispense] ». M^{me} Haj Khalil dit que le pouvoir du ministre de dire si la présence d'une personne interdite de territoire est

[331] The question, according to Ms. Haj Khalil, is whether the scope of the ministerial discretion is sufficiently precise and effective to provide the Minister with direction on its exercise. In this respect, she points to the reasoning of the courts in cases addressing the medical use of marijuana: *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.) (*Parker*); *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146 (Ct. J.); *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (Ont. C.A.). There, the courts found that the ministerial exemption amounted to “unfettered discretion.”

[332] Subsection 34(2) vests the Minister with discretion to grant an exemption from an inadmissibility finding where it would not be detrimental to national interest. Ms. Haj Khalil claims that the broad language used in subsection 34(2) is similar to the medical use of marijuana cases because the Minister may take into account factors unrelated to “the inadmissibility grounds and [she] only has the right to seek the exemption, not to be given it, even though the application of s. 34(1)(f) of the Act infringes her *Charter* rights.”

[333] Alternatively, Ms. Haj Khalil argues that the discretion is currently “applied in a righteous and moralistic fashion and does not serve the purpose for which it was created.” In response to my request for submissions on the applicability of the Supreme Court of Canada decision in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120 (*Little Sisters*), she alleges that the evidence establishes that the exemption has not been applied constitutionally. The conduct here has been arbitrary and discriminatory. In circumstances “where the conduct of government officials is violative of a person’s *Charter* rights, this cannot be characterized as authorized and therefore is not ‘prescribed by law’ even though the legislation itself may properly be considered as so

préjudiciable à l’« intérêt national » est si étendu que le recours est largement illusoire.

[331] La question, selon M^{me} Haj Khalil, est de savoir si la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre est suffisamment précise et réelle pour donner au ministre des indications sur la manière de l’exercer. Sur ce point, elle invoque le raisonnement suivi par les tribunaux dans des affaires portant sur l’usage médical de la marijuana : *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.) (*Parker*); *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146 (C. jus.); et *Hitzig v. Canada* (2003), 231 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Ont.). Dans ces affaires, les tribunaux ont jugé que le pouvoir d’accorder une dispense ministérielle équivalait à [TRADUCTION] « un pouvoir discrétionnaire sans entrave ».

[332] Le paragraphe 34(2) de la LIPR donne au ministre le pouvoir discrétionnaire de ne pas donner effet à une déclaration d’interdiction de territoire s’il est convaincu que cela ne serait nullement préjudiciable à l’intérêt national. M^{me} Haj Khalil dit que la formulation large du paragraphe 34(2) est semblable à celle dont il était question dans les précédents relatifs à l’usage médical de la marijuana, parce que le ministre peut prendre en compte des facteurs qui sont sans rapport avec [TRADUCTION] « les motifs de l’interdiction de territoire et parce qu’elle-même a uniquement le droit de solliciter la dispense, non de l’obtenir, même si l’application de l’alinéa 34(1)f) de la Loi porte atteinte à ses droits garantis par la *Charte* ».

[333] Subsidièrement, M^{me} Haj Khalil fait valoir que le pouvoir discrétionnaire est actuellement [TRADUCTION] « appliqué d’une manière moralisatrice qui ne sert pas les fins auxquelles il a été conféré ». En réponse à ma demande de présentation d’observations sur l’applicabilité d’un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120 (l’arrêt *Little Sisters*), elle soutient que, selon la preuve, la dispense n’a pas été appliquée d’une manière constitutionnelle. La conduite dont il s’agit ici a été une conduite arbitraire et discriminatoire. Dans les cas [TRADUCTION] « où la conduite de représentants de l’État porte atteinte aux droits individuels garantis par la *Charte*, on ne saurait dire que cette conduite est

prescribed”: *Little Sisters*. In this respect, she relies primarily on the evidence of Mr. Louis Dumas.

[334] Mr. Dumas testified that the policy regarding the use of the ministerial exemption has changed and that the relief is being used in a “more prudent or restrictive fashion” (transcript, at page 4214). Mr. Taylor’s philosophy reflects an “older reality” that “probably existed ten years ago” (transcript, at page 4231). Today, according to Mr. Dumas, ministerial relief will be used in “a more sparing fashion” (transcript, at page 4232).

[335] Mr. Dumas takes credit for being one of the “key people” behind this change in policy (transcript, at page 4235). He questions, as the Director of National Security, whether Canada should always be a point of finality for an individual who has been a member of a group that has committed terrorist activities for a number of years. If such person has sought and found refuge in Canada, perhaps the person “will on its [*sic*] own capacity, you know — and if we are dealing in the realm of hypothesis here, maybe the person in his own reality will make his way to another country and will be thankful for Canada to have provided refuge for this individual, but maybe this person will move on. But Canada, you know, we respect our international obligations and give protected status to this individual” (transcript, at page 4233).

[336] When cross-examined, Mr. Dumas acknowledged that the change in policy is not articulated in the IP 10 Manual and that the Department is applying standards which are not set out in the guidelines. To this end, the guidelines will probably be redrafted in the future, to be “a bit tighter” and reflect the current reality (transcript, at page 4249).

[337] While relying heavily on the evidence of Mr. Dumas, Ms. Haj Khalil omits reference to the

autorisée, et elle n’est donc pas prescrite par “une règle de droit” même si la loi elle-même peut valablement être considérée comme ainsi prescrite » : arrêt *Little Sisters*. Elle se fonde ici principalement sur le témoignage de M. Louis Dumas.

[334] M. Dumas a témoigné que la politique touchant l’octroi de la dispense ministérielle a évolué et que la dérogation est accordée [TRADUCTION] « avec plus de circonspection et de retenue » (transcription, à la page 4214). La manière de voir de M. Taylor reflète une [TRADUCTION] « ancienne réalité » qui [TRADUCTION] « avait probablement cours il y a dix ans » (transcription, à la page 4231). Aujourd’hui, selon M. Dumas, la dérogation ministérielle sera accordée [TRADUCTION] « d’une manière plus parcimonieuse » (transcription, à la page 4232).

[335] M. Dumas s’attribue le mérite, avec quelques autres [TRADUCTION] « personnes clés », de cette nouvelle manière de voir (transcription, à la page 4235). En tant que directeur général de la Sécurité nationale, il se demande si le Canada devrait toujours être un point de chute pour quiconque a été membre d’un groupe qui s’est livré à des activités terroristes durant plusieurs années. Si une telle personne a sollicité et obtenu refuge au Canada, peut-être cette personne [TRADUCTION] « continuera-t-elle de sa propre initiative, vous savez — et, si nous sommes dans le domaine des hypothèses ici, peut-être cette personne, dans sa propre réalité, fera-t-elle son chemin vers un autre pays et remerciera-t-elle le Canada de lui avoir accordé refuge, mais peut-être se remettra-t-elle en route. Mais le Canada, vous savez, respecte ses obligations internationales et accorde sa protection à cette personne » (transcription, à la page 4233).

[336] En contre-interrogatoire, M. Dumas a reconnu que la nouvelle manière de voir n’est pas explicitée dans le guide IP 10 et que le Ministère applique des normes qui ne sont pas exposées dans les lignes directrices. C’est pourquoi les lignes directrices seront probablement révisées à l’avenir, d’une manière [TRADUCTION] « un peu plus rigoureuse » qui reflétera la réalité actuelle (transcription, à la page 4249).

[337] Tout en se fondant largement sur le témoignage de M. Dumas, M^{me} Haj Khalil oublie d’invoquer les

Department's efforts to ascertain the propriety of her request for ministerial exemption. This is consistent with Ms. Haj Khalil's assertion that she is a worthy candidate for ministerial exemption notwithstanding that various aspects of her evidence, from the defendant's perspective, have been suspect. It is clear (although the record is not clear as to when) that the Department retained archivists to search for the articles in FAT that Ms. Haj Khalil claimed to have written and had submitted at her refugee hearing to support her claim. After extensive searching of all FAT magazines and newspapers from 1978 until the publications ceased, witnesses Yaniv Berman and Rami Livni were not able to find any of those articles. Moreover, on the eve of trial, Ms. Haj Khalil claimed to have written articles under an alias that, over the past 12 years, she had not previously disclosed. Thus, the issue is not as straightforward as Ms. Haj Khalil presents it.

[338] The first point to be made is that Ms. Haj Khalil argued the constitutionality of paragraph 34(1)(f) on the basis that it impinges her rights under sections 2 and 15 of the Charter. I have determined that those rights were not violated. *Parker* and its progeny, all concerned with criminal charges, were decided on the basis of a breach of section 7 Charter rights. Ms. Haj Khalil neither pleaded nor argued section 7 of the Charter in relation to the "constitutionality" issue. Consequently, those authorities do not assist her.

[339] The second point concerns the applicability of the Supreme Court of Canada decision in *Little Sisters*. There, the Supreme Court considered the constitutionality of a provision of the *Customs Tariff* [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 41] which prohibited the importation of material deemed to be obscene, hateful, treasonous or seditious under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. *Little Sisters Book and Art Emporium*, a gay and lesbian bookstore in Vancouver, alleged that customs officials had targeted and harassed them by seizing and holding their imported goods at the border for months at a time. It argued that the *Customs Tariff* was unconstitutional on the basis of sections 2 and 15 of the Charter. In upholding the constitutionality of the

efforts faits par le Ministère pour s'assurer de la validité de sa demande de dispense ministérielle. Cela s'accorde avec l'affirmation de M^{me} Haj Khalil selon laquelle elle est digne d'obtenir une dispense ministérielle même si, du point de vue de la défenderesse, divers aspects de son témoignage ont éveillé des soupçons. Il est clair (encore que le dossier ne dise pas précisément quand) que le Ministère a demandé à des archivistes de trouver les articles de la FAT que M^{me} Haj Khalil a prétendu avoir rédigés et qu'elle a produits à l'audience du statut de réfugié, au soutien de sa demande d'asile. Après une recherche approfondie de tous les magazines et journaux de la FAT, de 1978 jusqu'à la cessation des publications, les témoins Yaniv Berman et Rami Livni n'ont pas été en mesure de trouver un quelconque article du genre. Par ailleurs, à la veille du procès, M^{me} Haj Khalil a prétendu avoir rédigé des articles sous un pseudonyme qu'elle n'avait pas révélé au cours des 12 dernières années. La question n'est donc pas aussi simple que M^{me} Haj Khalil voudrait le faire croire.

[338] Le premier point à souligner est que M^{me} Haj Khalil s'est exprimée sur la constitutionnalité de l'alinéa 34(1)f) en disant que cette disposition porte atteinte aux droits que lui garantissent les articles 2 et 15 de la Charte. J'ai conclu qu'il n'y a pas eu atteinte aux droits en question. L'arrêt *Parker* et les décisions qui l'ont suivi, qui tous concernaient des accusations pénales, ont été rendus sur la base d'une atteinte aux droits garantis par l'article 7 de la Charte. M^{me} Haj Khalil n'a ni plaidé ni débattu l'article 7 de la Charte sous l'angle de la « constitutionnalité ». Par conséquent, ces précédents ne lui viennent pas en aide.

[339] Le second point concerne l'applicabilité de l'arrêt *Little Sisters* de la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la Cour suprême examinait la constitutionnalité d'une disposition du *Tarif des douanes* [L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 41] qui interdisait l'importation de matériel jugé obscène, haineux ou de nature à fomenter la trahison ou la sédition, selon ce que prévoit le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Les propriétaires d'une librairie destinée à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, *Little Sisters Book and Art Emporium*, affirmaient que les fonctionnaires des douanes les avaient ciblés et harcelés en saisissant et en gardant à la frontière, durant des mois, leurs marchandises importées. La librairie faisait valoir que

legislation with respect to section 2 of the Charter, a majority of the Supreme Court found at paragraphs 70-82:

On this branch of the argument the appellants claim that the statutory Customs border review procedures achieve a level of unworkability comparable to the abortion provisions of the *Criminal Code* which the Court held to be unconstitutional in *Morgentaler, supra*. Similar arguments were considered in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In those cases, the Court found that the source of unconstitutionality resided in the legislation itself. I therefore turn in the first instance to an examination of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* in light of the appellants' complaints. I will then take a more detailed look at the relevant authorities.

The appellants say a regulatory structure that is open to the level of maladministration described in the trial judgment is unconstitutionally underprotective of their constitutional rights and should be struck down in its entirety. In effect they argue that Parliament was required to proceed by way of legislation rather than the creation of a delegated power of regulation in s. 164(1)(j), which authorizes the Governor in Council to "make regulations ... generally, to carry out the purposes and provisions of this Act", or by ministerial directive. My colleague Iacobucci J. accepts the propositions that "[t]his Court's precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights" (para. 204) and because "the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials" (para. 211), Code 9956 should be struck from the *Customs Tariff*. I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs' treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(j)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments "will be applied constitutionally" by the public service.

The authorities relied on by my colleague all deal with legislation that itself contained problematic provisions. In this case, the complaint is about the *absence* of affirmative provisions, *per* Iacobucci J., at para. 166: "The Customs

le *Tarif des douanes* était inconstitutionnel en raison des articles 2 et 15 de la Charte. Confirmant la constitutionnalité du texte de loi au regard de l'article 2 de la Charte, les juges majoritaires de la Cour suprême se sont exprimés ainsi, aux paragraphes 70 à 82 :

Relativement à ce volet de l'argumentation, les appelants avancent que la procédure de contrôle douanier prévue par la loi atteint un degré d'inapplicabilité comparable aux dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement que notre Cour a jugées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Morgentaler*, précité. Des arguments similaires ont été examinés dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Dans ces arrêts, notre Cour a conclu que la source de l'inconstitutionnalité résidait dans les dispositions législatives elles-mêmes. Je vais donc, dans un premier temps, examiner le *Tarif des douanes* et la *Loi sur les douanes* à la lumière des plaintes des appelants, et, dans un second temps, analyser de façon plus approfondie les arrêts pertinents.

Les appelants affirment qu'un régime réglementaire qui donne lieu au degré de mauvaise administration décrit dans le jugement de première instance est inconstitutionnel car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution, et que ce régime devrait être invalidé complètement. Dans les faits, ils prétendent que le Parlement était tenu d'intervenir par voie législative plutôt que par la création, à l'al. 164(1)*j*), d'un pouvoir de réglementation délégué qui autorise le gouverneur en conseil à prendre, par règlement, « toute mesure d'application de la présente loi », ou par l'établissement d'une directive ministérielle. Mon collègue le juge Iacobucci accepte la proposition selon laquelle « [l]a jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution » (par. 204), et celle voulant que, comme la « législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution » (par. 211), le code 9956 doit être radié du *Tarif des douanes*. Je ne crois pas qu'il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d'une loi (comme le prétendent les appelants) plutôt que d'un règlement (comme l'a prévu le Parlement à l'al. 164(1)*j*)) ou même d'une directive ministérielle ou d'une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte « s[eront] appliqués[] [...] d'une manière conforme à la Constitution » par les fonctionnaires.

Les arrêts invoqués par mon collègue portent tous sur des lois qui contenaient elles-mêmes des dispositions problématiques. En l'espèce, la plainte porte sur l'*absence* de dispositions positives : « [l]a législation douanière souffre de

legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene.” To put it another way, the appellants’ complaint is about what Parliament did *not* enact rather than what it *did* enact. The imposition on Parliament of a constitutional obligation to deal itself with *Charter*-sensitive matters rather than by permitting Parliament the option of enacting a delegated regulation-making power has serious ramifications for the machinery of government. I do not agree that Parliament’s options are so limited.

The initial question, however, is whether the Customs legislation itself contains procedures that infringe *Charter* rights, as in *Morgentaler*, or whether the problem here is implementation, aggravated by administrative constraints such as limited budgets and lack of qualified personnel, as found by the trial judge.

...

While these complaints have some substance, they address the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself. The Constitution does not prohibit border inspections: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. Thus the trial judge found at para. 234 that:

The deleterious effects of the legislation as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials. [Emphasis added.]

I regard such potential as inherent in any border surveillance scheme. Of themselves, they afford no reason to declare the legislation unconstitutional.

...

Iacobucci J. argues that Parliament was constitutionally required to spell out a more rights-protective regime in the Act itself, but in my view, for the reasons given below, it was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level.

l’absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène » (le juge Iacobucci, au par. 166). Autrement dit, la plainte des appelants porte sur les mesures que le Parlement *n’a pas* adoptées plutôt que sur celles qu’il a *effectivement* adoptées. Le fait d’imposer au Parlement l’obligation constitutionnelle de se charger lui-même des questions délicates eu égard à la *Charte* plutôt que de lui permettre de déléguer un pouvoir de réglementation à cet égard, a de sérieuses répercussions sur le fonctionnement de l’appareil gouvernemental. Je ne partage pas l’avis que les choix du Parlement soient aussi limités.

La question initiale, toutefois, consiste à déterminer si la législation douanière elle-même contient des procédures qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*, comme c’était le cas dans l’arrêt *Morgentaler*, ou s’il s’agit plutôt, en l’espèce, d’un problème de mise en œuvre, exacerbé par des contraintes de nature administrative tels des budgets limités et le manque de personnel qualifié, comme a conclu le juge de première instance.

[...]

Bien que ces plaintes aient un certain fondement, elles concernent le régime législatif tel qu’il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même. La Constitution n’interdit pas les inspections frontalières : *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d’entraîner des décisions erronées. En conséquence, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, au par. 234 :

[TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel. [Je souligne.]

J’estime que de telles situations sont inhérentes à tout régime de surveillance frontalière. En soi, elles ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles.

[...]

Le juge Iacobucci affirme que le Parlement était tenu par la Constitution d’établir dans la loi même un régime protégeant davantage les droits, mais j’estime, pour les motifs exposés plus loin, qu’il était loisible au Parlement, lorsqu’il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d’en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l’autorité du ministre. Tout manquement survenant à l’étape de la mise en

[340] In relation to the section 15 allegation, the majority concluded, at paragraphs 123-125:

There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants and through them to Vancouver's gay and lesbian community violated the appellants' legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive material which they had every right to import. When Customs officials prohibit and thereby censor lawful gay and lesbian erotica, they are making a statement about gay and lesbian culture, and the statement was reasonably interpreted by the appellants as demeaning gay and lesbian values. The message was that their concerns were less worthy of attention and respect than those of their heterosexual counterparts.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. Little Sisters was targeted because it was considered "different". On a more general level, it seems to me fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants' constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

That having been said, there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity, as already discussed, operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the Customs legislation.

[341] It seems to me that, as in *Little Sisters*, the complaint here is about "what Parliament did not enact rather than what it did enact": *Little Sisters*, at paragraph 72. If I were to accept, without reservation, Ms. Haj Khalil's characterization of Mr. Dumas' evidence, it does not follow that the legislation is

œuvre, situation qui s'est clairement produite en l'espèce, peut être réglé à cette étape.

[340] S'agissant de l'allégation d'inconstitutionnalité fondée sur l'article 15, les juges majoritaires se sont exprimés ainsi, aux paragraphes 123 à 125 :

Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbitraire et ont montré de l'indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu'ils avaient parfaitement le droit d'importer. Lorsque les fonctionnaires des douanes prohibent et de ce fait censurent du matériel érotique licite destiné aux gais et aux lesbiennes, ils se prononcent sur la culture gaie et lesbienne, et cette intervention a raisonnablement été interprétée par les appelants comme ayant pour effet de rabaisser les valeurs gaies et lesbiennes. Le message était que les préoccupations des gais et des lesbiennes étaient moins dignes d'attention et de respect que celles de leurs homologues hétérosexuels.

Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée. Little Sisters a été visée parce qu'elle était considérée « différente ». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu'une forme d'expression qui se manifeste librement à l'intérieur du pays puisse faire l'objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu'elle traverse une frontière internationale et qu'elle tombe ainsi sous l'autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d'expression ne s'arrête pas à la frontière.

Cela dit, il n'y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Comme il a été expliqué plus tôt, la définition de l'obscénité s'applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l'espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière.

[341] Il me semble que, comme dans l'affaire *Little Sisters*, la plainte dont il s'agit ici « porte sur les mesures que le Parlement n'a pas adoptées plutôt que sur celles qu'il a effectivement adoptées » : arrêt *Little Sisters*, au paragraphe 72. Quand bien même admettrais-je sans réserve la manière dont M^{me} Haj Khalil voit le

unconstitutional. Rather, the testimony relates to the statutory provision as administered by officials rather than the statutory provision itself. As articulated in *Little Sisters*, “Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments ‘will be applied constitutionally’ by the public service” (paragraph 71).

[342] More importantly, the determination as to whether ministerial exemption will be granted is not Mr. Dumas’ decision to make. Although public servants are charged with making a recommendation to the Minister, it is for the Minister alone to decide whether relief will be granted. The Minister’s decision is subject to judicial oversight and this Court has not been hesitant to remit matters to the Minister for redetermination where the circumstances warranted such action. See: *Yamani v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 62 Imm. L.R. (3d) 203 (F.C.); *Soe v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 461.

[343] I note that the minority in *Little Sisters* was especially critical of the inadequacies of the customs scheme because absolute discretion rested in a bureaucratic decision maker who was charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons and without any guarantee that the decision maker was aware of or understood the legal test that he or she was applying. That process is to be distinguished from one where the applicant has a full opportunity to make submissions and where the decision maker is the Minister.

[344] Maladministration of legislation undoubtedly can infringe upon an individual’s Charter rights but it does not afford a basis for striking down the underlying legislation. Put another way, legislation that is constitutionally valid should not be struck down because it is being applied in an unconstitutional manner.

[345] More significantly, Ms. Haj Khalil has not yet received a determination with respect to her request for ministerial exemption. If she receives a negative

témoignage de M. Dumas, il ne s’ensuit pas que la loi est inconstitutionnelle. Le témoignage concerne l’application de la loi par les fonctionnaires, plutôt que la disposition légale en tant que telle. Comme l’écrivait la Cour suprême dans l’arrêt *Little Sisters*, « [l]e Parlement a le droit d’agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu’il adopte “s[eront] appliqué[s] [...] d’une manière conforme à la Constitution” par les fonctionnaires » (au paragraphe 71).

[342] Aspect plus important, il n’appartient pas à M. Dumas de dire si une dispense ministérielle sera ou non accordée. Les fonctionnaires sont chargés de présenter une recommandation au ministre, mais c’est au ministre seul qu’il appartient de dire si une dérogation sera accordée. La décision du ministre est sujette à contrôle judiciaire, et la Cour n’hésite pas à renvoyer telle ou telle affaire au ministre pour nouvelle décision lorsque les circonstances justifient une telle mesure. Voir *Yamani c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 381; et *Soe c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 461.

[343] Je relève que, dans l’arrêt *Little Sisters*, les juges minoritaires ont particulièrement critiqué les insuffisances du régime des douanes parce qu’un pouvoir discrétionnaire absolu était conféré à un décideur administratif chargé de rendre une décision sans s’en rapporter à des éléments de preuve ou à des arguments, sans être tenu de motiver sa décision et sans que l’on soit assuré qu’il connaissait ou comprenait le critère juridique qu’il appliquait. Ce processus doit être distingué d’un processus où le demandeur est totalement à même de présenter des observations et où le décideur est le ministre.

[344] La mauvaise application d’un texte de loi peut sans aucun doute porter atteinte aux droits d’un particulier garantis par la Charte, mais elle ne constitue pas une raison de déclarer ce texte inconstitutionnel. Autrement dit, une loi qui est valide sur le plan constitutionnel ne doit pas être déclarée inconstitutionnelle simplement parce qu’elle est appliquée d’une manière inconstitutionnelle.

[345] Il est encore plus significatif de noter que M^{me} Haj Khalil n’a pas encore reçu de décision se rapportant à sa demande de dispense ministérielle. Si elle

decision, it is then open to her to argue that the “maladministration” of the ministerial discretion infringed her Charter rights, or that the ministerial discretion was exercised in an unconstitutional manner. The propriety of seeking a remedy for an alleged infringement of her Charter rights, by attacking the constitutionality of paragraph 34(1)(f) on the basis of the evidence of Mr. Dumas is flawed, even where the remedy sought is a declaration.

[346] In my view, the reasoning of the majority in *Little Sisters* is a complete answer to Ms. Haj Khalil’s argument. Mr. Justice Binnie noted that there were procedures in place to challenge the customs officer’s decision: paragraph 80. Likewise, such procedures are in place in relation to Ms. Haj Khalil’s application for a ministerial exemption. If a decision is not forthcoming, Ms. Haj Khalil can apply for leave for an order of *mandamus*. If the ministerial relief decision is negative, she can apply for leave and judicial review of the decision.

[347] This result may seem unduly harsh to Ms. Haj Khalil given that she has been waiting more than 12 years to learn whether she will be granted permanent resident status in Canada. As Mr. Justice LeBel opined in *Blencoe* [at paragraphs 140 and 156], “[u]nnecessary delay in judicial and administrative proceedings has long been an enemy of a free and fair society... modern administrative law is deeply adverse to unreasonable delay.” Rather than initiate an action, Ms. Haj Khalil ought to have sought the remedy of *mandamus*. If a decision on her application for permanent residence is not forthcoming, I see no reason why an application for leave and *mandamus* could not also include a request that the matter be addressed on an expedited basis.

7. Miscellaneous Issues

[348] Ms. Haj Khalil claimed damages for economic loss, specifically loss of past and future income. All three of the plaintiffs claimed punitive damages. Because

reçoit une décision défavorable, il lui sera alors loisible de faire valoir que la « mauvaise application » du pouvoir discrétionnaire du ministre a porté atteinte à ses droits en vertu de la Charte, ou que le pouvoir discrétionnaire du ministre a été exercé d’une manière inconstitutionnelle. Il est fautif de sa part de solliciter une réparation fondée sur une présumée atteinte à ses droits en vertu de la Charte en contestant la constitutionnalité de l’alinéa 34(1)f) sur la foi du témoignage de M. Dumas, même si la réparation sollicitée est un jugement déclaratoire.

[346] Selon moi, le raisonnement suivi par les juges majoritaires dans l’arrêt *Little Sisters* répond totalement à l’argument de M^{me} Haj Khalil. Le juge Binnie a relevé qu’il existait des procédures permettant de contester la décision d’un agent des douanes : paragraphe 80. Pareillement, des procédures de ce genre existent en ce qui concerne la demande de dispense ministérielle faite par M^{me} Haj Khalil. Si la décision se fait attendre, M^{me} Haj Khalil pourra solliciter une autorisation afin de demander une ordonnance de *mandamus*. Si le ministre refuse la dérogation, elle pourra présenter une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire de sa décision.

[347] C’est là un résultat qui peut sembler cruel pour M^{me} Haj Khalil, étant donné qu’elle attend depuis plus de 12 ans de savoir si elle obtiendra le statut de résidente permanente au Canada. Ainsi que l’écrivait le juge LeBel dans l’arrêt *Blencoe* [aux paragraphes 140 et 156], « [c]e n’est pas d’hier que les délais inutiles dans les procédures judiciaires et les procédures administratives sont qualifiés de contraires à une société libre et équitable [...] [d’où] la profonde aversion du droit administratif moderne pour le délai déraisonnable ». Au lieu d’engager une action, M^{me} Haj Khalil aurait dû solliciter une ordonnance de *mandamus*. Si la décision relative à sa demande de résidence permanente se fait attendre, je ne vois pas pourquoi une demande d’autorisation et de *mandamus* ne pourrait pas aussi s’accompagner d’une demande d’examen accéléré du dossier.

7. Questions diverses

[348] M^{me} Haj Khalil a demandé réparation pour le préjudice économique, en particulier un manque à gagner passé et futur. Les trois demandeurs voulaient

the action in negligence fails and the plaintiffs have not established infringement of their Charter rights, it follows that they are not entitled to these remedies. However, for completeness, I will briefly address Ms. Haj Khalil's allegation of economic loss.

[349] Had she succeeded in her action, the evaluation of Ms. Haj Khalil's economic loss would require specific findings on my part. It may be helpful to delineate those determinations. I preferred the evidence of Mr. Ronald Smith over that of Mr. Jim Muccilli. Subject to one qualification, I agree with the economic loss calculations contained in the Smith report. The qualification is that Ms. Haj Khalil has not persuaded me that she would work on a full-time basis. Her commitment to her children coupled with her previous work history, as she related it, render full-time employment highly unlikely. I conclude that, at best, she would work half-time. Since the period of delay begins only at the end of July 2002, the calculation would proceed from August 1, 2002. However, Ms. Haj Khalil's duty to mitigate her damages was not satisfied because of her failure to seek leave and an order for *mandamus*. Thus, the assessment of damages would include the period from August 1, 2002 to November 3, 2003, the latter being the date upon which she initiated this action. The calculated total would then be reduced by the amount of income that Ms. Haj Khalil earned at the accounting firm in Windsor during the identified time frame.

[350] The result of the Attorney General's application pursuant to section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 has no effect on any of my determinations in this matter. Counsel appropriately declined to make further submissions regarding my order dated September 11, 2007 in *Attorney General v. Nawal Haj Khalil et al.*, Court file number DES-01-07.

8. Costs

[351] While success has been somewhat divided, the defendant has prevailed on most issues. Counsel are

obtenir des dommages-intérêts punitifs. Puisque l'action en négligence est rejetée et que les demandeurs n'ont pas prouvé une atteinte aux droits que leur garantit la Charte, il s'ensuit qu'ils ne peuvent prétendre à de telles réparations. Cependant, par souci d'exhaustivité, j'examinerai brièvement le présumé préjudice économique subi par M^{me} Haj Khalil.

[349] Si M^{me} Haj Khalil avait obtenu gain de cause dans son action, l'évaluation de son préjudice économique nécessiterait des conclusions précises de ma part. Il pourrait être utile de circonscrire les conclusions en question. J'ai préféré le témoignage de M. Ronald Smith à celui de M. Jim Muccilli. Sauf une seule réserve, je souscris au calcul du préjudice économique que contient le rapport de M. Smith. La réserve en question est le fait que M^{me} Haj Khalil ne m'a pas persuadée qu'elle travaillerait à temps plein. Le temps qu'elle consacre à ses enfants, ce à quoi s'ajoutent ses antécédents professionnels, tels qu'elle les a relatés, rend très improbable un emploi à temps plein. J'arrive à la conclusion qu'au mieux, elle travaillerait à mi-temps. Puisque le retard de l'examen des demandes de résidence permanente n'a débuté qu'à la fin de juillet 2002, le calcul débiterait le 1^{er} août 2002. Cependant, l'obligation de M^{me} Haj Khalil d'atténuer son préjudice n'a pas été remplie, et cela parce qu'elle n'a pas présenté une demande d'autorisation et de *mandamus*. Le calcul des dommages-intérêts s'étendrait donc sur la période qui va du 1^{er} août 2002 au 3 novembre 2003, c'est-à-dire la date à laquelle elle a engagé la présente action. Le total calculé serait alors réduit du revenu que M^{me} Haj Khalil a gagné au cabinet d'experts-comptables de Windsor au cours de la période indiquée.

[350] Le résultat de la demande présentée par le procureur général conformément à l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, n'a aucun effet sur l'une quelconque de mes conclusions en la matière. L'avocate a refusé, à juste titre, de présenter d'autres arguments concernant l'ordonnance que j'ai rendue le 11 septembre 2007 dans l'affaire *Procureur général c. Nawal Haj Khalil et al.*, numéro du greffe DES-01-07.

8. Les dépens

[351] Les deux parties à la présente instance ont partiellement obtenu gain de cause, mais la défenderesse

encouraged to resolve the issue of costs by agreement. The defendant should recall that Ms. Haj Khalil is a recipient of legal aid. Absent resolution on the issue of costs, counsel are to serve and file written submissions, not to exceed five pages double-spaced, within 35 days of the date of judgment. Responses to those submissions are to be served and filed within 10 days of service of the first submissions, or within 45 days of the date of judgment, at the election of counsel. I remain seized of this matter with respect to the determination of costs.

l'emporte sur la plupart des points soulevés. Les avocats sont encouragés à régler de gré à gré la question des dépens. La défenderesse doit se rappeler que M^{me} Haj Khalil bénéficie d'une aide juridique. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur la question des dépens, leurs avocats devront signifier et déposer des prétentions écrites, ne dépassant pas cinq pages à double interligne, dans un délai de 35 jours après la date du jugement. Les réponses auxdites prétentions devront être signifiées et déposées dans un délai de 10 jours après la signification des premières prétentions, ou dans un délai de 45 jours après la date du jugement, au choix des avocats. Je reste saisie de la présente affaire pour ce qui concerne le calcul des dépens.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES THAT the action is dismissed. The issue of costs is reserved.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que l'action soit rejetée et que la question des dépens soit remise à plus tard.

SCHEDULE A

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

...

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

...

(d) freedom of association

...

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

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

...

ANNEXE A

Charte canadienne des droits et libertés

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

[...]

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

[...]

d) liberté d'association.

[...]

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

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[...]

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Crown Liability and Proceedings Act

3. The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

(a) in the Province of Quebec, in respect of

(i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or

(ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and

(b) in any other province, in respect of

(i) a tort committed by a servant of the Crown, or

(ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

...

10. No proceedings lie against the Crown by virtue of subparagraph 3(a)(i) or (b)(i) in respect of any act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would, apart from the provisions of this Act, have given rise to a cause of action for liability against that servant or the servant's personal representative or succession.

Federal Courts Act

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif

3. En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

a) dans la province de Québec :

(i) le dommage causé par la faute de ses préposés,

(ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;

b) dans les autres provinces :

(i) les délits civils commis par ses préposés,

(ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

[...]

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement des sous-alinéas 3a)(i) ou b)(i), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité contre leur auteur, ses représentants personnels ou sa succession.

Loi sur les Cours fédérales

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure

paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

...

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

Federal Courts Rules

369. (1) A party may, in a notice of motion, request that the motion be decided on the basis of written representations.

(2) A respondent to a motion brought in accordance with subsection (1) shall serve and file a respondent's record within 10 days after being served under rule 364 and, if the respondent objects to disposition of the motion in writing, indicate in its written representations or memorandum of fact and law the reasons why the motion should not be disposed of in writing.

(3) A moving party may serve and file written representations in reply within four days after being served with a respondent's record under subsection (2).

(4) On the filing of a reply under subsection (3) or on the expiration of the period allowed for a reply, the Court may dispose of a motion in writing or fix a time and place for an oral hearing of the motion.

...

399. ...

(2) On motion, the Court may set aside or vary an order

engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[...]

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Règles des Cours fédérales

369. (1) Le requérant peut, dans l'avis de requête, demander que la décision à l'égard de la requête soit prise uniquement sur la base de ses prétentions écrites.

(2) L'intimé signifie et dépose son dossier de réponse dans les 10 jours suivant la signification visée à la règle 364 et, s'il demande l'audition de la requête, inclut une mention à cet effet, accompagnée des raisons justifiant l'audition, dans ses prétentions écrites ou son mémoire des faits et du droit.

(3) Le requérant peut signifier et déposer des prétentions écrites en réponse au dossier de réponse dans les quatre jours après en avoir reçu signification.

(4) Dès le dépôt de la réponse visée au paragraphe (3) ou dès l'expiration du délai prévu à cette fin, la Cour peut statuer sur la requête par écrit ou fixer les date, heure et lieu de l'audition de la requête.

[...]

399. [...]

(2) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier une ordonnance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

(a) by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order; or

a) des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue;

Immigration Act

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(f) persons who there are reasonable grounds to believe

...

(iii) are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in

...

(B) terrorism,

Loi sur l'immigration

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :

[...]

f) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles :

[...]

(iii) soit sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée :

[...]

(B) soit à des actes de terrorisme,

Immigration and Refugee Protection Act

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

(a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;

(b) to enrich and strengthen the social and cultural fabric of Canadian society, while respecting the federal, bilingual and multicultural character of Canada;

(b.1) to support and assist the development of minority official languages communities in Canada;

(c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;

(d) to see that families are reunited in Canada;

(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

(g) to facilitate the entry of visitors, students and temporary workers for purposes such as trade, commerce,

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés

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

a) de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques;

b) d'enrichir et de renforcer le tissu social et culturel du Canada dans le respect de son caractère fédéral, bilingue et multiculturel;

b.1) de favoriser le développement des collectivités de langues officielles minoritaires au Canada;

c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l'immigration;

d) de veiller à la réunification des familles au Canada;

e) de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

g) de faciliter l'entrée des visiteurs, étudiants et travailleurs temporaires qui viennent au Canada dans le

tourism, international understanding and cultural, educational and scientific activities;

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

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

(j) to work in cooperation with the provinces to secure better recognition of the foreign credentials of permanent residents and their more rapid integration into society.

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

(a) to recognize that the refugee program is in the first instance about saving lives and offering protection to the displaced and persecuted;

(b) to fulfil Canada's international legal obligations with respect to refugees and affirm Canada's commitment to international efforts to provide assistance to those in need of resettlement;

(c) to grant, as a fundamental expression of Canada's humanitarian ideals, fair consideration to those who come to Canada claiming persecution;

(d) to offer safe haven to persons with a well-founded fear of persecution based on race, religion, nationality, political opinion or membership in a particular social group, as well as those at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment;

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;

(f) to support the self-sufficiency and the social and economic well-being of refugees by facilitating reunification with their family members in Canada;

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

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

cadre d'activités commerciales, touristiques, culturelles, éducatives, scientifiques ou autres, ou pour favoriser la bonne entente à l'échelle internationale;

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

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

j) de veiller, de concert avec les provinces, à aider les résidents permanents à mieux faire reconnaître leurs titres de compétence et à s'intégrer plus rapidement à la société.

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

a) de reconnaître que le programme pour les réfugiés vise avant tout à sauver des vies et à protéger les personnes de la persécution;

b) de remplir les obligations en droit international du Canada relatives aux réfugiés et aux personnes déplacées et d'affirmer la volonté du Canada de participer aux efforts de la communauté internationale pour venir en aide aux personnes qui doivent se réinstaller;

c) de faire bénéficier ceux qui fuient la persécution d'une procédure équitable reflétant les idéaux humanitaires du Canada;

d) d'offrir l'asile à ceux qui craignent avec raison d'être persécutés du fait de leur race, leur religion, leur nationalité, leurs opinions politiques, leur appartenance à un groupe social en particulier, ainsi qu'à ceux qui risquent la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités;

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

f) d'encourager l'autonomie et le bien-être socioéconomique des réfugiés en facilitant la réunification de leurs familles au Canada;

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

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

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

(a) furthers the domestic and international interests of Canada;

...

4. ...

(2) The Minister as defined in section 2 of the *Canada Border Services Agency Act* is responsible for the administration of this Act as it relates to

(a) examinations at ports of entry;

(b) the enforcement of this Act, including arrest, detention and removal;

(c) the establishment of policies respecting the enforcement of this Act and inadmissibility on grounds of security, organized criminality or violating human or international rights; or

(d) determinations under any of subsections 34(2), 35(2) and 37(2).

...

21. ...

(2) Except in the case of a person described in subsection 112(3) or a person who is a member of a prescribed class of persons, a person whose application for protection has been finally determined by the Board to be a Convention refugee or to be a person in need of protection, or a person whose application for protection has been allowed by the Minister, becomes, subject to any federal-provincial agreement referred to in subsection 9(1), a permanent resident if the officer is satisfied that they have made their application in accordance with the regulations and that they are not inadmissible on any ground referred to in section 34 or 35, subsection 36(1) or section 37 or 38.

...

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

...

(c) engaging in terrorism;

...

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

a) de promouvoir les intérêts du Canada sur les plans intérieur et international;

[...]

4. [...]

(2) Le ministre, au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'Agence des services frontaliers du Canada*, est chargé de l'application de la présente loi relativement :

a) au contrôle des personnes aux points d'entrée;

b) aux mesures d'exécution de la présente loi, notamment en matière d'arrestation, de détention et de renvoi;

c) à l'établissement des orientations en matière d'exécution de la présente loi et d'interdiction de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou pour activités de criminalité organisée;

d) à la prise des décisions au titre des paragraphes 34(2), 35(2) ou 37(2).

[...]

21. [...]

(2) Sous réserve d'un accord fédéro-provincial visé au paragraphe 9(1), devient résident permanent la personne à laquelle la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger a été reconnue en dernier ressort par la Commission ou celle dont la demande de protection a été acceptée par le ministre — sauf dans le cas d'une personne visée au paragraphe 112(3) ou qui fait partie d'une catégorie réglementaire — dont l'agent constate qu'elle a présenté sa demande en conformité avec les règlements et qu'elle n'est pas interdite de territoire pour l'un des motifs visés aux articles 34 ou 35, au paragraphe 36(1) ou aux articles 37 ou 38.

[...]

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

[...]

c) se livrer au terrorisme;

[...]

(f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b) or (c).

(2) The matters referred to in subsection (1) do not constitute inadmissibility in respect of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

35. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of violating human or international rights for

(a) committing an act outside Canada that constitutes an offence referred to in sections 4 to 7 of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*;

(b) being a prescribed senior official in the service of a government that, in the opinion of the Minister, engages or has engaged in terrorism, systematic or gross human rights violations, or genocide, a war crime or a crime against humanity within the meaning of subsections 6(3) to (5) of the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*; or

(c) being a person, other than a permanent resident, whose entry into or stay in Canada is restricted pursuant to a decision, resolution or measure of an international organization of states or association of states, of which Canada is a member, that imposes sanctions on a country against which Canada has imposed or has agreed to impose sanctions in concert with that organization or association.

(2) Paragraphs (1)(b) and (c) do not apply in the case of a permanent resident or a foreign national who satisfies the Minister that their presence in Canada would not be detrimental to the national interest.

...

44. (1) An officer who is of the opinion that a permanent resident or a foreign national who is in Canada is inadmissible may prepare a report setting out the relevant facts, which report shall be transmitted to the Minister.

(2) If the Minister is of the opinion that the report is well-founded, the Minister may refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing, except in the case of a permanent resident who is inadmissible solely on the grounds that they have failed to comply with the residency obligation under section 28 and except, in the circumstances prescribed by the regulations, in the case of a foreign national. In those cases, the Minister may make a removal order.

...

f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b) ou c).

(2) Ces faits n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

35. (1) Emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits suivants :

a) commettre, hors du Canada, une des infractions visées aux articles 4 à 7 de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

b) occuper un poste de rang supérieur — au sens du règlement — au sein d'un gouvernement qui, de l'avis du ministre, se livre ou s'est livré au terrorisme, à des violations graves ou répétées des droits de la personne ou commet ou a commis un génocide, un crime contre l'humanité ou un crime de guerre au sens des paragraphes 6(3) à (5) de la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*;

c) être, sauf s'agissant du résident permanent, une personne dont l'entrée ou le séjour au Canada est limité au titre d'une décision, d'une résolution ou d'une mesure d'une organisation internationale d'États ou une association d'États dont le Canada est membre et qui impose des sanctions à l'égard d'un pays contre lequel le Canada a imposé — ou s'est engagé à imposer — des sanctions de concert avec cette organisation ou association.

(2) Les faits visés aux alinéas (1)b) et c) n'emportent pas interdiction de territoire pour le résident permanent ou l'étranger qui convainc le ministre que sa présence au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[...]

44. (1) S'il estime que le résident permanent ou l'étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire, l'agent peut établir un rapport circonstancié, qu'il transmet au ministre.

(2) S'il estime le rapport bien fondé, le ministre peut déférer l'affaire à la Section de l'immigration pour enquête, sauf s'il s'agit d'un résident permanent interdit de territoire pour le seul motif qu'il n'a pas respecté l'obligation de résidence ou, dans les circonstances visées par les règlements, d'un étranger; il peut alors prendre une mesure de renvoi.

[...]

72. (1) Judicial review by the Federal Court with respect to any matter — a decision, determination or order made, a measure taken or a question raised — under this Act is commenced by making an application for leave to the Court.

...

74. Judicial review is subject to the following provisions:

...

(d) an appeal to the Federal Court of Appeal may be made only if, in rendering judgment, the judge certifies that a serious question of general importance is involved and states the question.

...

95. ...

(2) A protected person is a person on whom refugee protection is conferred under subsection (1), and whose claim or application has not subsequently been deemed to be rejected under subsection 108(3), 109(3) or 114(4).

...

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

72. (1) Le contrôle judiciaire par la Cour fédérale de toute mesure — décision, ordonnance, question ou affaire — prise dans le cadre de la présente loi est subordonné au dépôt d'une demande d'autorisation.

[...]

74. Les règles suivantes s'appliquent à la demande de contrôle judiciaire :

[...]

d) le jugement consécutif au contrôle judiciaire n'est susceptible d'appel en Cour d'appel fédérale que si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale et énonce celle-ci.

[...]

95. [...]

(2) Est appelée personne protégée la personne à qui l'asile est conféré et dont la demande n'est pas ensuite réputée rejetée au titre des paragraphes 108(3), 109(3) ou 114(4).

[...]

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e, être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees

ARTICLE 34

Naturalization

The Contracting States shall as far as possible facilitate the assimilation and naturalization of refugees. They shall in particular make every effort to expedite naturalization proceedings and to reduce as far as possible the charges and costs of such proceedings.

International Covenant on Civil and Political Rights Article 12

(4). No one shall be arbitrarily deprived of the right to enter his own country.

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés

ARTICLE 34

Naturalization

Les États contractants faciliteront, dans toute la mesure du possible, l'assimilation et la naturalisation des réfugiés. Ils s'efforceront notamment d'accélérer la procédure de naturalisation et de réduire, dans toute la mesure du possible, les taxes et les frais de cette procédure.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques Article 12

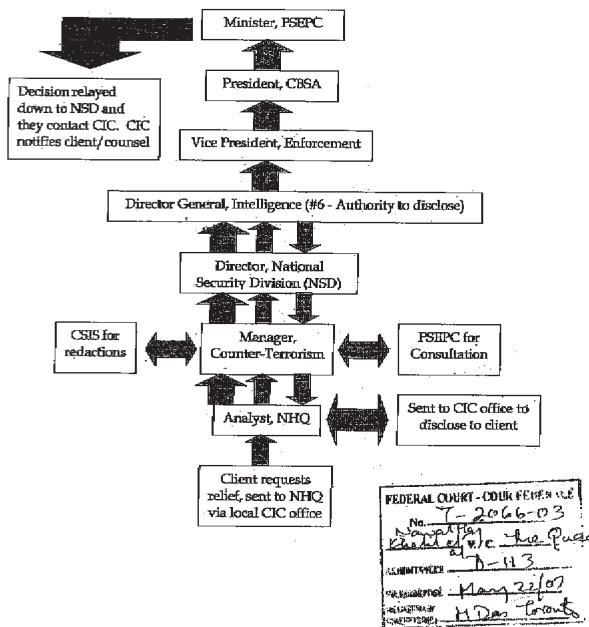
[...]

(4) Nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays.

SCHEDULE B

Exh D-113

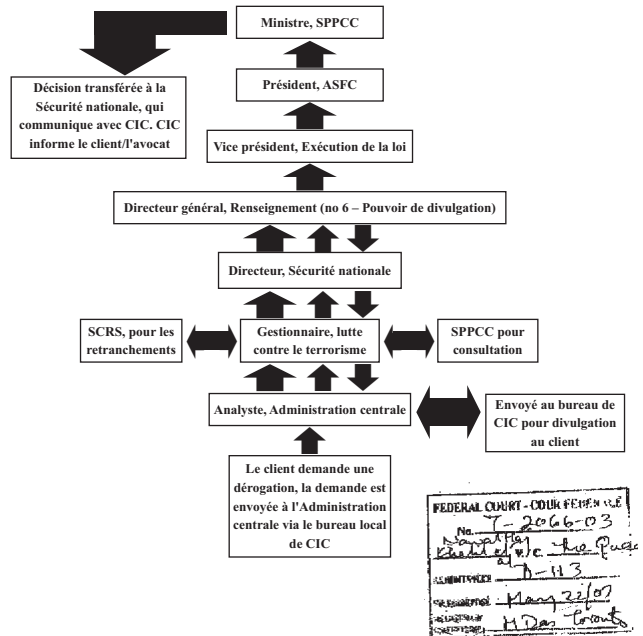
Ministerial Relief Flow Chart



ANNEXE B

Pièce D 113

Organigramme de la procédure de dérogation ministérielle



T-209-06
T-210-06
2008 FC 11

T-209-06
T-210-06
2008 CF 11

Pfizer Canada Inc. and Parke, Davis & Company LLC (*Applicants*)

Pfizer Canada Inc. et Parke, Davis & Company LLC (*demandereses*)

v.

c.

The Minister of Health and Novopharm Limited (*Respondents*)

Le ministre de la Santé et Novopharm Limitée (*défendeurs*)

INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.F.)

Federal Court, Hughes J.—Toronto, December 17, 18, 2007; Ottawa, January 2, 2008.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 17 et 18 décembre 2007; Ottawa, 2 janvier 2008.

Patents — Practice — Applications under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to Novopharm, permitting sale of generic versions of drugs listed in Pfizer's Canadian Patent No. 1341330 ('330 patent) — Previous litigation under NOC Regulations involving different generic dealing with validity (overbreadth of claims) of '330 patent, divisional thereof — (1) Under NOC Regulations both person seeking prohibition order, person alleging invalidity may lead evidence — Court weighing evidence, determining matter on usual civil balance — If evenly balanced (rare), prohibition order should not issue — (2) When multiple proceedings brought by different generics challenging validity of same patent, Court must consider whether better evidence, more appropriate legal argument made by subsequent generic while being mindful of judicial, other resources — (3) Patent must not exceed invention made, described in inventor's specification — While unclear how Federal Court of Appeal treated other patents in construing '330 patent, sufficient that made reasoned determination on "claims broader" of construction issue — No better evidence provided such that Federal Court of Appeal's finding on "claims broader" question should be revisited — Federal Court of Appeal considering "inventor's knowledge regarding certain other compounds", knowledge possessed by persons of ordinary skill in determining sound basis to predict utility — Not erring when determining allegation of invalidity of '330 patent's asserted claims not justified — Applications allowed.

Brevets — Pratique — Demandes faites en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement AC) en vue d'empêcher le ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm lui permettant de vendre des versions génériques des médicaments inscrits dans le brevet canadien n° 1341330 (le brevet '330) de Pfizer — Un litige antérieur relatif à la validité (portée excessive des revendications) du brevet '330 et d'un divisionnaire de celui-ci avait déjà été intenté en vertu du Règlement AC et mettait en cause un autre fabricant de médicaments génériques — 1) Selon le Règlement AC, tant la personne qui sollicite une ordonnance d'interdiction que la personne qui fait valoir l'invalidité peuvent produire une preuve — La Cour apprécie la preuve et tranche la question selon la norme habituelle de la prépondérance des probabilités — Si la preuve s'équivaut (ce qui est rare), l'ordonnance d'interdiction ne devrait pas être délivrée — 2) Lorsque des instances multiples ont été instituées par différentes sociétés génériques pour contester la validité d'un même brevet, la Cour doit prendre en considération l'existence de meilleurs éléments de preuve ou d'un argument juridique plus valable présentés postérieurement par une société générique tout en gardant à l'esprit les ressources judiciaires et autres — 3) La portée du brevet ne doit pas excéder l'invention faite et décrite dans le mémoire descriptif — Bien que le traitement que la Cour d'appel fédérale a réservé aux autres brevets dans l'interprétation du brevet '330 n'était pas clair, il suffit de conclure qu'elle a tiré une conclusion motivée sur la question des revendications de plus large portée — Il n'y avait pas de meilleur élément de preuve faisant en sorte qu'il était indiqué de réexaminer la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur la question des « revendications de plus large portée » — La Cour d'appel fédérale a pris en considération les « connaissances de l'inventeur sur certains autres composés » ainsi que les connaissances qu'auraient les personnes douées d'habiletés moyennes pour établir qu'il y avait un fondement valable pour prédire que tous les composés revendiqués auraient une

These were applications brought under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Novopharm to permit it to sell its generic versions of Pfizer's "Accupril" and "Accuretic" in Canada. The medicine at issue, quinapril, is used in the treatment of hypertension. Novopharm Limited served two notices of allegation (NOA) on Pfizer Canada Inc. asserting that the patent listed in respect of the drugs, Canadian Patent No. 1341330 ('330 patent), was invalid for overly broad claims and a lack of sound prediction.

In previous litigation under the NOC Regulations involving a different generic but dealing with the '330 patent and a divisional thereof, the Federal Court of Appeal reversed the Federal Court's decision that the claims of the patent were overly broad. It also disagreed with the Federal Court's construction of the '330 patent, in particular, with claims 3 to 5 and construed the '330 patent as claimed to include all stereoisomers of the compound described in the claims.

The issues were: (1) who had the burden of proving the invalidity of the '330 patent in the NOC proceedings; (2) whether the '330 patent was invalid either because the claims were broader than the invention made and disclosed or because of lack of sound prediction; and (3) what was the effect of the earlier proceedings challenging the validity of the '330 patent.

Held, the applications should be allowed.

(1) The person raising the grounds for alleging invalidity (second person) may lead evidence to support the grounds upon which issue has been joined. The person seeking a prohibition order (first person) may rely on the presumption of validity or adduce its own evidence. The Court must weigh the evidence and determine the matter on the usual civil balance. If the evidence led by the second person is weak or irrelevant, the presumption will prevail. If the evidence is evenly balanced (a rare event), the first person will have failed to prove that the allegation of invalidity is not justified and will not be entitled to a prohibition order.

(2) When there are multiple proceedings brought by different generics in which the validity of the same patent continues to be challenged in circumstances where such a challenge by a generic in earlier proceedings has failed, a balanced approach is necessary. This approach would consider whether better

utilité — Elle n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que l'allégation d'invalidité des revendications du brevet '330 n'était pas justifiée — Demandes accueillies.

Il s'agissait de demandes faites en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vue d'empêcher le ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm lui permettant de vendre ses versions génériques de l'« Accupril » et de l'« Accuretic » de Pfizer au Canada. Le médicament en cause, soit le quinapril, est utilisé pour traiter l'hypertension. Novopharm Limitée a signifié à Pfizer Canada Inc. deux avis d'allégation faisant valoir que le brevet inscrit relativement aux médicaments, soit le brevet canadien n° 1341330 (le brevet '330), était invalide en raison de la portée excessive des revendications et de l'absence d'une prédiction valable.

Dans un litige antérieur relatif au brevet '330 et à un divisionnaire de celui-ci intenté en vertu du *Règlement AC* et mettant en cause un autre fabricant de médicaments génériques, la Cour d'appel fédérale a annulé la décision de première instance portant que les revendications du brevet étaient de portée excessive. Elle a aussi désapprouvé l'interprétation donnée au brevet '330, particulièrement aux revendications 3 à 5, par la Cour fédérale et a interprété le brevet '330 revendiqué comme englobant tous les stéréoisomères du composé décrit dans les revendications.

Les questions litigieuses étaient celles de savoir : 1) à qui incombait le fardeau d'établir l'invalidité du brevet '330 dans le cadre des instances portant sur des avis de conformité; 2) si le brevet '330 était invalide parce que la portée des revendications était plus large que l'invention ou la divulgation ou parce qu'il y avait absence de prédiction valable; et 3) quel était l'incidence de l'instance antérieure contestant la validité du brevet '330.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

1) La personne qui soulève des motifs pour faire valoir l'invalidité (la seconde personne) peut produire une preuve pour étayer les motifs à l'égard desquels a été liée contestation. La personne qui sollicite une ordonnance d'interdiction (la première personne) peut se fier sur la présomption de validité ou présenter sa propre preuve. La Cour doit apprécier la preuve et trancher la question selon la norme habituelle de la prépondérance des probabilités. Si la preuve produite par la seconde personne n'est pas concluante ou pertinente, la présomption prévaudra. Si la preuve s'équivaut (ce qui est rare), la première personne n'aura pas réussi à démontrer l'absence de fondement de l'allégation d'invalidité et n'aura pas droit à l'ordonnance d'interdiction.

2) Il faut établir un équilibre lorsque des instances multiples, où la validité d'un même brevet continue d'être contestée alors qu'une même contestation par une société générique a été rejetée dans une instance antérieure, ont été instituées par différentes sociétés génériques. Cet équilibre porterait sur

evidence or more appropriate legal argument was made by a subsequent generic while being mindful that the resources of the Court and others should not be wasted by repeated proceedings. Whether or not a patentee or generic is precluded from relitigating a question within the context of the NOC Regulations, the fundamental right to an action respecting infringement or the validity is unaffected. The NOC Regulations are extra administrative processes tied to the protection of public health. In certain circumstances, the Minister would be prohibited from granting an NOC to an applicant generic drug company. Therefore, the questions of validity of the '330 patent were approached having in mind that there was previous litigation in the NOC context and there always remains the alternative for an action.

(3) The two fundamental limitations on the extent of the monopoly that an inventor may validly claim are that it must not exceed the invention that was made and it must not exceed the invention described in the inventor's specification. In both cases, a comparison must be made to the claims at issue to determine if the "breadth" of the claim exceeds either what the inventor(s) actually did or what the disclosure actually says. Novopharm argued that the Federal Court of Appeal erred in law in referring to other patents in construing the '330 patent. While not entirely clear how the Federal Court of Appeal treated the "other Ace patents" it was sufficient, in the context of NOC proceedings, that a higher court considered the issue of construction of the '330 patent and made a reasoned determination. There was also no "better evidence" such that the Federal Court of Appeal's finding on the "claims broader" question in the earlier proceeding should be revisited.

The Federal Court of Appeal in the earlier '330 patent NOC proceedings considered the "inventor's knowledge regarding certain other compounds" as well as the knowledge that would have been possessed by persons of ordinary skill in determining that there was a sound basis to predict that all compounds claimed would have utility. It did not err in determining that the allegation of invalidity of the asserted claims of the '330 patent was not justified.

l'existence possible de meilleurs éléments de preuve ou d'un argument juridique plus valable présentés postérieurement par une société générique tout en gardant à l'esprit que les ressources de la Cour de même que celles de tiers ne devraient pas être gaspillées par des instances répétées. Même si un breveté ou une société générique se voit empêcher de reporter en justice une affaire qui met en cause le Règlement AC, il n'y a pas atteinte au droit fondamental d'intenter une action en matière de contrefaçon ou de validité. Le Règlement AC prévoit un processus administratif supplémentaire lié à la protection de la santé publique. Dans certaines circonstances, il serait interdit au ministre de délivrer un avis de conformité à une société pharmaceutique générique demanderesse. Par conséquent, la Cour s'est penchée sur la question de la validité du brevet '330 en gardant à l'esprit qu'il y avait déjà eu une instance qui portait sur un avis de conformité et qu'il était toujours possible, comme solution de rechange, d'intenter une action.

3) Deux restrictions fondamentales s'appliquent à la portée du monopole auquel l'inventeur peut valablement prétendre. D'abord, la portée du monopole ne peut excéder celle de l'invention qui a été faite et, ensuite, la portée du monopole ne peut excéder celle de l'invention telle qu'elle a été décrite dans le mémoire descriptif. Dans les deux cas, une comparaison s'impose avec les revendications en cause afin d'établir si la « portée » de la revendication est ou non plus large que ce que l'inventeur ou les inventeurs ont véritablement créé ou que ce que prévoit la divulgation. Novopharm a affirmé que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur de droit en faisant référence à d'autres brevets pour interpréter le brevet '330. Bien qu'on ne puisse parfaitement discerner l'incidence véritable pour la Cour d'appel fédérale de l'existence d'autres « brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA » il suffit, dans le cadre d'une instance portant sur un avis de conformité, de conclure qu'une cour supérieure a bien examiné la question de l'interprétation du brevet '330 et tiré une conclusion motivée. De même, il n'y avait pas de « meilleur élément de preuve » faisant en sorte qu'il soit indiqué de réexaminer la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur la question des « revendications de plus large portée » dans l'instance antérieure.

Dans l'instance antérieure relative au brevet '330, la Cour d'appel fédérale a pris en considération les « connaissances de l'inventeur sur certains autres composés » ainsi que les connaissances qu'auraient les personnes douées d'habiletés moyennes pour établir qu'il y avait un fondement valable pour prédire que tous les composés revendiqués auraient une utilité. Elle n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a statué que l'allégation d'invalidité des revendications du brevet '330 n'était pas justifiée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, Column III.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd., [2008] 1 F.C.R. 174; (2007), 282 D.L.R. (4th) 476; 59 C.P.R. (4th) 416; 364 N.R. 325; 2007 FCA 163; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2007), 59 C.P.R. (4th) 30; 361 N.R. 308; 2007 FCA 153; *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] Ex. C.R. 91; (1965), 50 C.P.R. 220; affd [1966] S.C.R. 604; (1966), 50 C.P.R. 246; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77.

CONSIDERED:

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (2005), 43 C.P.R. (4th) 241; 279 F.T.R. 164; 2005 FC 1205; revd (2007), 60 C.P.R. (4th) 81; 366 N.R. 347; 2007 FCA 209; *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 477; (2007), 56 C.P.R. (4th) 1; 296 F.T.R. 254; 2007 FC 81; *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 2 F.C.R. 758; (2007), 58 C.P.R. (4th) 214; 2007 FC 596; affd (2007), 62 C.P.R. (4th) 161; 2007 FCA 359; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2007), 61 C.P.R. (4th) 305; 2007 FC 971; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 95; (2003), 224 D.L.R. (4th) 178; 24 C.P.R. (4th) 1; 301 N.R. 376; 2003 FCA 138; *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450; 298 N.R. 348; 2002 FCA 440; *Estensen v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 538.

REFERRED TO:

Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health) (2004), 32 C.P.R. (4th) 224; 247 F.T.R. 21; 2004 FC 204; affd [2005] 2 F.C.R. 269; (2004), 248 D.L.R. (4th) 674; 37 C.P.R. (4th) 289; 328 N.R. 98; 2004 FCA 393; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88; 2000 SCC 67; *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (F.C.A.).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(2).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd., [2008] 1 R.C.F. 174; 2007 CAF 163; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 153; *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] R.C.É. 91; (1965), 50 C.P.R. 220; conf. par [1966] R.C.S. 604; (1966), 50 C.P.R. 246; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; 2002 CSC 77.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2005 CF 1205; inf. par 2007 CAF 209; *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 477; 2007 CF 81; *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, [2008] 2 R.C.F. 758; 2007 CF 596; conf. par 2007 CAF 359; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 971; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 95; 2003 CAF 138; *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440; *Estensen c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 538.

DÉCISIONS CITÉES :

Cie Pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2004 CF 204; conf. par [2005] 2 R.C.F. 269; 2004 CAF 393; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67; *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1991] A.C.F. n° 124 (C.A.) (QL).

APPLICATIONS under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to prohibit the Minister of Health from issuing a notice of compliance to Novopharm, permitting it to sell in Canada its generic versions of “Accupril” and “Accuretic” as listed in Pfizer’s Canadian Patent No. 1341330.

DEMANDES faites en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vue d’empêcher le ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Novopharm lui permettant de vendre au Canada ses versions génériques de l’« Accupril » et de l’« Accuretic » inscrits dans le brevet canadien n° 1341330 de Pfizer.

APPEARANCES:

Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein, and Alisse D. Houweling for applicants.
Jonathan Stainsby, Lesley Caswell and Keya Dasgupta for respondent Novopharm Limited.
No one appearing for respondent Minister of Health.

ONT COMPARU :

Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein, et Alisse D. Houweling pour les demandereses.
Jonathan Stainsby, Lesley Caswell et Keya Dasgupta pour la défenderesse Novopharm Limitée.
Personne n’a comparu pour le défendeur le ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for applicants.
Heenan Blaikie, Toronto, for respondent Novopharm Limited.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les demandereses.
Heenan Blaikie, Toronto, pour la défenderesse Novopharm Limitée.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.

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

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement et du jugement rendu par

[1] HUGHES J.: There are two applications considered in these proceedings both brought under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as amended (NOC Regulations). The medicine at issue is that commonly known as quinapril which is used in the treatment of hypertension. The applicants, sometimes known as brand companies, sell drugs including quinapril in Canada under the name “Accupril” and, including quinapril in conjunction with hydrochlorothiazide as “Accuretic.” The respondent Novopharm Limited wants to sell its generic version of those drugs and, in accordance with the NOC Regulations, served two notices of allegation on the applicant Pfizer Canada Inc. asserting that the patent it listed in respect of the drugs, Canadian Patent No. 1341330 ('330 patent), was invalid for a variety of reasons. This prompted the applicants to initiate these two proceedings to prohibit the respondent Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Novopharm to permit it to sell its generic versions of those drugs in Canada.

[1] LE JUGE HUGHES : Deux demandes sont examinées dans la présente instance, toutes deux faites en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, en sa version modifiée (le Règlement AC). Le médicament visé en l’espèce est communément désigné le quinapril; on s’en sert pour traiter l’hypertension. Les demandereses, parfois désignées des fabricants de médicaments de marque, vendent des médicaments, dont le quinapril sous l’appellation « Accupril » au Canada, et ce qui comprend le quinapril en association avec l’hydrochlorothiazide sous l’appellation « Accuretic ». La défenderesse Novopharm Limitée désire vendre sa version générique de ces médicaments et, conformément au Règlement AC, a signifié à la demanderesse Pfizer Canada Inc. deux avis d’allégation faisant valoir que le brevet inscrit par Pfizer relativement aux médicaments, le brevet canadien n° 1341330 (le brevet '330), était invalide pour divers motifs. Cela a conduit les demandereses à introduire les deux présentes instances en vue d’empêcher le ministre de la Santé défendeur de délivrer à Novopharm un avis

[2] For the reasons that follow, I find that the applications for prohibition are allowed with costs.

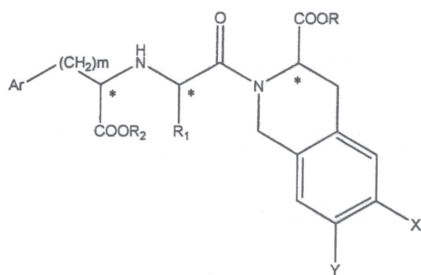
NOTICES OF ALLEGATION

[3] Novopharm delivered two notices of allegation under the provisions of the NOC Regulations to Pfizer Canada Ltd. on December 23, 2005. They are essentially identical except that one is directed to a drug containing only quinapril as the active ingredient in a variety of dosages. It is sold by Pfizer under the name “Accupril.” The other is directed to a drug containing both quinapril and hydrochlorothiazide in a variety of dosages. It is sold by Pfizer under the name “Accuretic.” Both are directed to uses in the treatment of hypertension in humans and are known as angiotensin-converting enzyme inhibitors, commonly called ACE inhibitors.

[4] The only issue raised by Novopharm in its notices of allegation is the validity of the '330 patent for a variety of reasons. Infringement is not an issue. By an order of this Court dated March 13, 2006 the two applications brought by Pfizer, one in respect of each notice of allegation, were consolidated. The applications have, thereafter, proceeded together and were argued together. One set of reasons and one judgment is issued.

CHEMICAL BACKGROUND

[5] A brief discussion of the chemistry, specifically the stereochemistry, is required. The class of compounds described in the '330 patent is said to be defined by a general formula—formula I—set out on the first page of the patent as follows:



de conformité [AC] lui permettant de vendre ses versions génériques des médicaments au Canada.

[2] Pour les motifs que je vais exposer, j'accueille les demandes d'interdiction avec dépens.

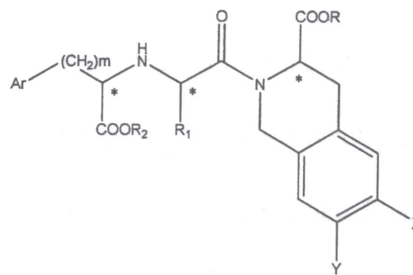
LES AVIS D'ALLÉGATION

[3] Le 23 décembre 2005, Novopharm a signifié deux avis d'allégation à Pfizer Canada Inc. en application du Règlement AC. Les deux avis sont fondamentalement identiques, sauf que l'un d'eux vise un médicament qui ne contient comme ingrédient actif que du quinapril, selon diverses posologies. Pfizer vend ce médicament sous l'appellation « Accupril ». L'autre avis vise un médicament qui contient à la fois du quinapril et de l'hydrochlorothiazide, selon diverses posologies. Pfizer vend ce second médicament sous l'appellation « Accuretic ». Les deux médicaments sont utilisés pour traiter l'hypertension humaine; ce sont des inhibiteurs de l'enzyme de conversion de l'angiotensine, communément désignés des inhibiteurs de l'ECA.

[4] Dans ses avis d'allégation, Novopharm met uniquement en cause, pour divers motifs, la validité du brevet '330. La question de la contrefaçon n'y est pas soulevée. Par ordonnance datée du 13 mars 2006, la Cour a joint les deux demandes présentées par Pfizer, soit une à l'égard de chacun des avis d'allégation. Par conséquent, l'une et l'autre parties ont présenté une même argumentation à l'égard de l'une et l'autre demandes, qu'on a instruites ensemble. Des motifs communs et un seul jugement sont prononcés.

LE CONTEXTE—ÉLÉMENT DE CHIMIE

[5] Un bref exposé des questions de chimie en jeu, plus particulièrement de stéréochimie, est requis. La classe de composés décrite dans le brevet '330 se définirait selon une formule générale — la formule I — énoncée comme suit à la première page du brevet :



[6] This formula depicts a class of compounds often described as being comprised of a head group which is the cyclic structure on the right side and a side chain which is the long structure to the left. The head group shown in formula I is derived from a molecule known as tetrahydroisoquinoline or THIQ.

[7] Although molecules can only be depicted in two dimensions on a piece of paper, in reality, the molecules are three-dimensional. The three-dimensional features of the molecule that are of interest in the present application are indicated in formula I by the three asterisks. These asterisks indicate what are called chiral centers, which identify carbon atoms that are bonded to four different groups of atoms. When viewed in three dimensions, there are two distinct ways that a single carbon atom can be bonded to four different groups. These are referred to as configurations. The number of possible configurations for a particular molecule is defined by the formula 2^n where n is the number of chiral centers. Here we have three chiral centres so that the number of possible configurations is 2^3 or 8. Scientists sometimes use the term “stereoisomer” to describe the relationship between compounds that are connected to the same atoms, but have different spatial configurations. Here there are eight possible stereoisomers.

[8] As molecules with different spatial configurations have different chemical properties, it is often important to determine which of the spatial configurations a chemist is referring to in a given diagram. As a result, chemists have adopted various conventions to distinguish the different spatial configurations. One common convention is to use the labels R or S to identify the manner in which a given carbon is bonded to the four groups. As the compounds described in formula I have three such carbons, each carbon will be assigned either an R or an S. The overall molecule will be identified by three letters, one referring to each of the asterisks or chiral centres, such as R,R,R, S,S,S, R,S,S, S,R,S, and so forth. There are eight possible three-letter combinations for the compounds identified in formula I. Each of these eight compounds can be described as a stereoisomer of the other seven compounds. Discussion in this case will involve whether or not the inventors invented, whether the patent discloses and whether the

[6] Cette formule représente une classe de composés souvent décrite comme consistant en une tête polaire constituée d'une structure cyclique du côté droit et, du côté gauche, d'une chaîne latérale, la longue structure. La tête polaire représentée dans la formule I provient d'une molécule désignée tétrahydroisoquinoline, ou THIQ.

[7] Bien que les molécules ne puissent être représentées sur du papier qu'en deux dimensions, elles sont en réalité tridimensionnelles. Les éléments tridimensionnels de la molécule ayant un intérêt en l'espèce sont chacun marqués d'un astérisque dans la formule I. Aux trois astérisques correspondent ce qu'on désigne des centres chiraux, qui identifient des atomes de carbone ayant des liaisons avec quatre différents groupes d'atomes. Selon un plan tridimensionnel, il y a deux façons distinctes pour un même atome de carbone d'être lié à quatre différents groupes. C'est ce qu'on désigne des configurations. Le nombre de configurations possibles pour une molécule donnée est défini par la formule 2^n , n représentant le nombre de centres chiraux. On a affaire à trois centres chiraux en l'espèce, de sorte que le nombre de configurations possibles est 2^3 ou 8. Les scientifiques utilisent parfois l'expression « stéréo-isomère » pour décrire le lien existant entre des composés liés à de mêmes atomes mais ayant des configurations spatiales différentes. En l'espèce, il y a un nombre possible de huit stéréo-isomères.

[8] Les molécules aux configurations spatiales différentes étant dotées de propriétés chimiques différentes, il s'avère souvent important de discerner laquelle des configurations un chimiste vise dans un diagramme donné. Pour cette raison, les chimistes ont adopté diverses conventions permettant de distinguer différentes configurations spatiales. Une convention commune consiste à utiliser les sigles R ou S pour identifier la façon dont un atome de carbone donné est lié aux quatre groupes. Les composés décrits dans la formule I comptant trois pareils atomes de carbone, on attribuera pour chaque atome un sigle R ou S. L'ensemble de la molécule sera identifiée par trois lettres, chacune correspondant à l'un des astérisques, ou des centres chiraux, soit par exemple R,R,R, S,S,S, R,S,S, S,R,S, et ainsi de suite. Il y a huit combinaisons possibles de trois lettres pour les composés identifiés dans la formule I. Chacun des huit composés peut être qualifié de stéréo-isomère des sept autres composés. Ce

claims claim all eight possible stereoisomers or just the S,S,S stereoisomer.

EARLIER LITIGATION OF THIS '330 PATENT

[9] There has been previous litigation under the NOC Regulations dealing with the '330 patent. That litigation involved a different generic, Apotex Inc. Novopharm was not a party to the litigation.

[10] That litigation was instituted by Pfizer Canada Inc., Warner-Lambert Company LLC and Parke, Davis & Company LLC as a result of a notice of allegation served by Apotex in which the validity of the '330 patent was contested. Infringement of another patent, Canadian Patent No. 1331615 ('615 patent), which is a divisional of the '330 patent, was also at issue there. It is not at issue here. In the present proceedings, Novopharm has directed its allegations only as against validity of the '330 patent, thus the infringement aspect of the earlier proceedings is not important here.

[11] The *Apotex* proceeding (T-1633-03) was heard by Justice Heneghan of this Court who, in edited reasons delivered September 28, 2005 [*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2005), 43 C.P.R. (4th) 241] [hereinafter] cited as 2005 FC 1205, held that Pfizer *et al.* had not demonstrated that the allegations as to invalidity, on the basis of overly broad claims, and of non-infringement with respect to the '615 patent, were not justified. Accordingly, the application for prohibition was dismissed.

[12] The decision was appealed and, in a decision given May 31, 2007 [*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2007), 60 C.P.R. (4th) 81] [hereinafter] cited as 2007 FCA 209, the Federal Court of Appeal reversed the trial Judge, allowed the appeal, and directed that an order for prohibition be directed to preclude Apotex from receiving an NOC for its generic quinapril drug.

[13] As raised in and disposed of by the Federal Court and Federal Court of Appeal, the invalidity allegations

qu'on devra examiner dans la présente affaire, c'est si les inventeurs ont fait ou non une invention, si le brevet divulgue les huit possibles stéréo-isomères ou le seul stéréo-isomère S,S,S et si l'on revendique les huit possibles stéréo-isomères ou le seul stéréo-isomère S,S,S dans les revendications.

LITIGE ANTÉRIEUR RELATIF AU BREVET '330

[9] Il y a déjà eu litige, en application du Règlement AC, relativement au brevet '330. Novopharm n'était pas partie à ce litige; Apotex, un autre fabricant de médicaments génériques, ou société générique, était en cause.

[10] Ce litige a été engagé par Pfizer Canada Inc., Warner-Lambert Company LLC et Parke, Davis & Company LLC en réponse à la signification d'un avis d'allégation par Apotex, par lequel cette dernière contestait la validité du brevet '330; était également alléguée la contrefaçon d'un autre brevet, le brevet canadien n° 1331615 (le brevet '615), divisionnaire du brevet '330. En l'espèce, les allégations de Novopharm n'ont trait qu'à la validité du brevet '330, et la question de la contrefaçon soulevée dans l'instance précédente est ici sans importance.

[11] L'affaire *Apotex* (T-1633-03) a été instruite par la juge Heneghan de la Cour. La juge Heneghan a statué (motifs révisés prononcés le 28 septembre 2005; décision répertoriée [*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*] 2005 CF 1205) que Pfizer et les autres demanderessees n'avaient pas démontré qu'étaient sans fondement les allégations d'invalidité, mettant en cause la portée excessive des revendications et la non-contrefaçon du brevet '615. La demande en vue d'obtenir une interdiction a par conséquent été rejetée.

[12] Il y a eu appel de la décision, et la Cour d'appel fédérale (décision rendue le 31 mai 2007 et répertoriée [*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*] 2007 CAF 209) a annulé la décision de première instance, accueilli l'appel et enjoint qu'une ordonnance d'interdiction empêche Apotex de se voir délivrer un avis de conformité à l'égard de son médicament générique quinapril.

[13] Les questions suivantes ont été soulevées dans les allégations d'invalidité du brevet '330 et tranchées par la

respecting the '330 patent in the earlier *Apotex* proceedings were:

(a) Lack of utility both as to actual utility and lack of sound prediction

The trial Judge held that Apotex' allegations were not justified in that while for some compounds actual utility had not been demonstrated, there was a sound basis for predicting the utility of what was claimed in claims 3 to 5 of the '330 patent (paragraphs 68–82). The Federal Court of Appeal agreed with this conclusion (paragraphs 150–154).

(b) Anticipation

The trial Judge found that Apotex had not put its allegation of anticipation “in play” and that the allegation was not supported by sufficient evidence (paragraphs 83–88). The Federal Court of Appeal upheld the trial Judge's finding (paragraphs 135 to 140).

(c) Obviousness

The trial Judge held that the prior art cited by Apotex did not establish that the invention was obvious and that Pfizer had met its burden in demonstrating that this allegation was not justified (paragraphs 89–98). The Federal Court of Appeal upheld the trial Judge's finding (paragraphs 129–134).

(d) Claims broader than the invention or disclosure

It was on this ground that the trial Judge found that Pfizer had failed to show that the allegation was not justified, hence the application was dismissed (paragraphs 99–108). She said, at paragraph 107:

In my opinion, these arguments are to be assessed relative to the construction of the patent. Since I have concluded that claims three (3) and five (5) should be construed so as to include compounds useful for reducing hypertension and having regard to the expert evidence that the S-configuration is the optimal configuration for high level ACE inhibition leading to anti-hypertensive results, I conclude that the claims encompassing all possible stereoisomers are overly broad.

Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale dans l'affaire antérieure, *Apotex* :

a) L'absence d'utilité — tant l'utilité réelle qu'une prédiction valable d'utilité

La juge de première instance a statué que n'étaient pas fondées les allégations d'Apotex du fait que, bien qu'une réelle utilité n'ait pas été démontrée pour certains composés, il y avait bien un fondement valable à la prédiction d'utilité de ce qu'on revendiquait dans les revendications 3 à 5 du brevet '330 (paragraphes 68 à 82). La Cour d'appel fédérale a souscrit à cette conclusion (paragraphes 150 à 154).

b) L'antériorité

La juge de première instance a conclu qu'Apotex n'avait pas mis son allégation d'antériorité « en jeu » et que celle-ci n'était pas étayée par une preuve suffisante (paragraphes 83 à 88). La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la juge de première instance (paragraphes 135 à 140).

c) L'évidence

La juge de première instance a statué que l'invention antérieure citée par Apotex ne démontrait pas l'évidence de l'invention, et que Pfizer s'était pour sa part acquittée de son fardeau de démontrer l'absence de fondement de cette allégation (paragraphes 89 à 98). La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion de la juge de première instance (paragraphes 129 à 134).

d) Les revendications ont une portée plus large que l'invention ou la divulgation

C'est pour ce motif que la juge de première instance a conclu que Pfizer n'avait pas réussi à démontrer que l'allégation n'était pas fondée, et a donc rejeté la demande (paragraphes 99 à 108). La juge a déclaré (paragraphe 107) :

À mon avis, il faut apprécier ces arguments en lien avec l'interprétation du brevet. Comme j'ai conclu que les revendications trois (3) et cinq (5) doivent être interprétées de manière à inclure les composés utiles pour réduire l'hypertension, et compte tenu de la preuve d'expert selon laquelle la configuration S est la configuration optimale pour un degré élevé d'inhibition de l'ECA menant à la réduction de l'hypertension, je conclus que les

The Federal Court of Appeal reversed the trial Judge's finding in this respect (paragraphs 101 to 128). At paragraphs 126 and 127, they said:

On the basis of the evidence before the Court, however, Pfizer's invention can be described as covering all stereoisomers of quinapril. The state of the art is to the effect that all stereoisomers were within the inventor's contemplation, as revealed by the use of a Markish [*sic*] formula and the fact that patents for other ACE inhibitors claimed and disclosed all stereoisomers. The wording of the claims and the expert evidence suggest that all stereoisomers of quinapril are claimed in the patent. In fact, the Trial Judge, in her introduction on the '330 patent, says that "... [t]he compounds have three chiral centres and all the stereoisomers sharing this common structure, that is both the S- and R-configurations stereoisomers, are within the scope of the claims" (Reasons of Heneghan J., para. 9).

In my view, a person skilled in the art would read the two paragraphs from the disclosure which I have reproduced at paragraph 120 of these Reasons as disclosing that the invention includes all stereoisomers. The skilled reader would be persuaded particularly by the clear statement in the second paragraph that "... all optical isomers and diastereo isomers and mixtures thereof are within the scope of this invention". Accordingly, in my view, a skilled reader would therefore understand that claims 3 and 5, although silent as to stereo configuration, include all stereoisomers. Thus, given that the invention clearly covers all stereoisomers and that the patent claims all stereoisomers, the patent cannot be described as claiming more than what was invented.

(e) Double patenting

The trial Judge found that Pfizer had shown that the claims at issue of the '330 patent were not invalid for double patenting having regard to a previously issued patent (the '615 patent), (paragraphs 109–115). The Federal Court of Appeal upheld the trial Judge's finding (paragraphs 141–149).

MULTIPLE NOC PROCEEDINGS

[14] The Federal Court of Appeal in another decision, *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008]

revendications englobant tous les stéréo-isomères possibles ont une portée excessive.

La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision de la juge de première instance à cet égard (paragraphes 101 à 128), et a déclaré ce qui suit (paragraphes 126 et 127) :

Toutefois, compte tenu de la preuve soumise à la Cour, l'invention de Pfizer peut être décrite comme englobant tous les stéréo-isomères du quinapril. D'après l'état de la technique, tous les stéréo-isomères étaient envisagés par l'inventeur, comme l'ont démontré l'emploi d'une formule de Markish et le fait que les brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA revendiquaient et divulguaient tous les stéréo-isomères. Le libellé des revendications et la preuve d'expert semblent indiquer que tous les stéréo-isomères du quinapril sont revendiqués dans le brevet. En fait, la juge de première instance, dans son introduction concernant le brevet '330, écrit que « ... [l]es composés ont trois centres chiraux et tous les stéréo-isomères qui partagent cette même structure, c'est-à-dire les stéréo-isomères à la fois de configurations S et R sont visés par les revendications » (motifs de la juge Heneghan, paragraphe 9).

À mon avis, une personne versée dans l'art lirait les deux paragraphes de la divulgation que j'ai reproduits au paragraphe 120 des présents motifs comme divulguant que l'invention inclut tous les stéréo-isomères. Le lecteur versé dans l'art serait convaincu, en particulier en raison de l'affirmation claire dans le deuxième paragraphe, que [TRADUCTION] « ... tous les isomères optiques et les diastéréo-isomères et leurs mélanges sont visés par cette invention ». En conséquence, un lecteur versé dans l'art comprendrait, selon moi, que les revendications 3 et 5, bien qu'elles ne parlent pas de la configuration stéréochimique, incluent tous les stéréo-isomères. Ainsi, étant donné que l'invention englobe clairement tous les stéréo-isomères et que le brevet revendique tous les stéréo-isomères, on ne peut dire que le brevet revendique davantage que ce qui a été inventé.

e) Double brevet

La juge de première instance a conclu que Pfizer avait démontré que les revendications en cause du brevet '330 n'étaient pas invalides en raison d'un double brevet du fait de la délivrance d'un brevet antérieur (le brevet '615) (paragraphes 109 à 115). La Cour d'appel a entériné la conclusion de la juge de première instance (paragraphes 141 à 149).

LES INSTANCES PORTANT SUR DES AVIS DE CONFORMITÉ MULTIPLES

[14] Dans une autre décision, *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, [2008] 1 R.C.F. 174, au

1 F.C.R. 174, at paragraph 50, has warned against multiple NOC proceedings once a final determination has been made with respect to a particular patent. The Court acknowledged however that a different generic could challenge the validity of the same patent if it had “better evidence or a more appropriate legal argument.” The Court is required to balance the effect on the administration of justice against the unfairness to a party from precluding it from bringing forward its case. At paragraph 50, Sexton J.A. said:

Finally, Sanofi-Aventis and Schering argue that a finding of abuse of process in this case will lead to unfairness. They say that while first persons will not be permitted to defend against allegations by subsequent generics after the same allegation made by an earlier generic has been found to be justified, subsequent generics will be permitted to repeat allegations already made earlier by other generics even if the earlier allegations were found to be unjustified. However, there is no unfairness in this scenario. All parties are held to the same standard: they must each put forward their entire case, complete with all relevant evidence, at first instance. The innovator is prevented from relitigating an issue already decided in a proceeding to which it was a party with the aid of additional evidence it chose not to adduce in the earlier proceedings. Generics likewise must put forward their full case at the first opportunity. Multiple NOAs issued by the same generic relating to a particular drug and alleging invalidity of a particular patent will generally not be permitted, even if different grounds for establishing invalidity are put forward in each. However, where one generic has made an allegation but has failed to put forward the requisite evidence and argument to illustrate the allegation is justified, it would be unjust to preclude a subsequent generic, who is apprised of better evidence or a more appropriate legal argument, from introducing it. Although this situation may give rise to the possibility of an inconsistent result, this concern is overridden by the potential for unfairness to the generic that is barred from bringing forward its case simply because another generic’s approach was inadequate. In each situation, it is necessary to balance the effect of a proceeding on the administration of justice against the unfairness to a party from precluding it from bringing forward its case.

[15] I faced the question of a previous determination by the Court in respect of a patent in NOC proceedings in *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 2 F.C.R. 758 (F.C.). One of the difficulties canvassed there,

paragraphe 50, la Cour d’appel fédérale a mis en garde contre les instances liées à des avis d’allégation multiples une fois rendue une décision définitive à l’égard d’un brevet particulier. La Cour d’appel a reconnu toutefois qu’un fabricant de médicaments génériques différent pouvait contester la validité d’un même brevet s’il disposait « de meilleurs éléments de preuve ou d’un argument juridique plus valable ». La Cour doit alors mettre en équilibre l’effet d’une instance sur l’administration de la justice et l’iniquité que l’on cause sà une partie en l’empêchant de faire valoir ses arguments. Le juge Sexton a déclaré ce qui suit sur cette question, au paragraphe 50 :

Enfin, Sanofi-Aventis et Schering soutiennent qu’en l’espèce, une conclusion d’abus de procédure serait source d’iniquité. Elles affirment que, bien qu’il soit interdit aux premières personnes de se défendre contre les allégations que font des fabricants ultérieurs après que l’on a conclu que l’allégation identique faite par un fabricant antérieur est justifiée, les fabricants ultérieurs sont autorisés à répéter les allégations déjà faites antérieurement par d’autres fabricants, et ce, même s’il a été conclu que les allégations antérieures étaient injustifiées. Cependant, il n’y a aucune iniquité dans ce scénario. Toutes les parties sont tenues de respecter la même norme : chacune est tenue de présenter tous ses arguments, ainsi que tous les éléments de preuve pertinents, en première instance. Cela empêche l’innovateur de débattre à nouveau une question déjà tranchée dans une instance à laquelle il était partie, en s’appuyant sur des éléments de preuve additionnels qu’il avait décidé de ne pas produire à l’instance antérieure. De la même façon, les fabricants de médicaments génériques doivent faire valoir à la première occasion la totalité de leurs arguments. Les avis d’allégations multiples délivrés par le même fabricant en rapport avec un médicament particulier et alléguant l’invalidité d’un brevet particulier sont généralement interdits, même si l’on invoque des motifs d’invalidité différents dans chaque cas. Cependant, dans le cas où un fabricant particulier a formulé une allégation mais a omis de présenter les arguments requis pour montrer que l’allégation en question était justifiée, il serait injuste d’empêcher un fabricant ultérieur, disposant de meilleurs éléments de preuve ou d’un argument juridique plus valable, de l’introduire. Cette situation peut donner lieu à un résultat contradictoire, mais cette préoccupation cède le pas au risque de faire preuve d’iniquité à l’endroit du fabricant à qui l’on interdit de faire valoir ses arguments juste parce que la démarche d’un autre fabricant était inadéquate. Il est nécessaire dans chaque cas de mettre en équilibre l’effet d’une instance sur l’administration de la justice et l’iniquité que l’on cause à une partie en l’empêchant de faire valoir ses arguments.

[15] J’ai examiné la question d’une décision rendue antérieurement par la Cour à l’égard d’un brevet dans une instance portant sur un avis de conformité dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, [2008] 2 R.C.F.

and it is a difficulty here as well, is that the record of the earlier proceedings is not of record in these proceedings. Thus, the Court is left to determine if there is “better evidence or a more appropriate legal argument” in the present proceeding as against the earlier proceedings only from what is revealed in the reasons of the courts in the earlier proceedings. I said in that case, at paragraphs 62 and 99:

The jurisprudence therefore provides that this Court, in its own discretion, can review the reasons given in *Apotex* by Justice Gauthier and determine whether there is “better evidence” or “more appropriate legal argument” made by the generic in the present proceeding as to validity of the '113 patent than was presented in *Apotex*. If so, the better evidence and more appropriate arguments must be considered. If no better evidence or more appropriate argument is found, it would be an abuse to permit the matter to be considered again. The word “abuse” is not used in any sense so as to imply that the second generic has acted improperly, it has not; it could not have been known until a few days before the hearing of this case that the decision in *Apotex* would be released. The word “abuse” is used in the sense that it would be a waste of the Court’s resources and possibly lead to unwanted inconsistent results, were the matter to be considered as a matter of first instance on this the subsequent occasion. The consideration in the second instance should only be one as to “better evidence” or “more appropriate” argument which, if determined to exist, must be considered as a matter of first instance. Of course if a different attack on validity is raised, one that was not raised in *Apotex*, it will be considered as a matter of first instance.

...

In the present proceedings therefore, I am required to determine as to each of the arguments as to invalidity raised by Novopharm:

1. Is the argument new and different, in which case it will be determined as a matter of first instance.
2. If the matter has been dealt with by Justice Gauthier, is there, having regard to her reasons, “better evidence” or “more appropriate legal argument” in this proceeding such that Justice Gauthier’s finding should not be followed ?

[16] Before leaving the earlier proceedings, the question as to construction of the '330 patent and the

758 (C.F.). L’un des problèmes alors examiné, qui se pose également en l’espèce, vient de ce que le dossier de l’instance antérieure ne figure pas au dossier dans la présente instance. Ainsi, pour déterminer si l’on dispose dans la présente instance « de meilleurs éléments de preuve ou d’un argument juridique plus valable » que dans l’instance antérieure, la Cour ne peut recourir qu’à l’exposé des motifs dans l’instance antérieure. Dans *Eli Lilly*, j’ai ainsi déclaré sur le sujet, aux paragraphes 62 et 99 :

Selon la jurisprudence, notre Cour peut donc, à son gré, étudier l’exposé des motifs donné par la juge Gauthier dans l’instance *Apotex* et établir si le fabricant de génériques a présenté, touchant la validité du brevet '113, « de meilleurs éléments de preuve » ou « un argument juridique plus valable » dans la présente espèce que dans ladite instance. Si tel est le cas, elle doit examiner ces meilleurs moyens de preuve et de droit. Si la Cour constate l’absence de tels moyens plus valables, ce serait un abus de procédure que de permettre un nouvel examen de l’affaire. Le terme « abus » dans ce contexte ne signifie pas du tout que le deuxième fabricant de génériques ait commis un acte répréhensible : tel n’est pas le cas. Ce n’est que quelques jours avant l’audience de la présente espèce qu’il aurait pu avoir connaissance de la publication prochaine de la décision de l’instance *Apotex*. Le terme « abus » signifie plutôt ici que le fait d’examiner l’affaire *ab initio* la deuxième fois (c’est-à-dire dans la présente espèce) constituerait un gaspillage des ressources de la Cour et risquerait de donner lieu à des résultats contradictoires. Le deuxième examen ne doit avoir pour objet que le point de savoir si le fabricant de génériques dispose de « meilleurs éléments de preuve » ou de moyens de droit « plus valables », lesquels, si l’on en constate l’existence, doivent être examinés *ab initio*. Évidemment, si le fabricant de génériques avance contre la validité du brevet un argument qu’on n’a pas fait valoir dans l’instance *Apotex*, la Cour l’examinera aussi *ab initio*.

[...]

Par conséquent, il m’incombe dans la présente espèce de trancher les questions suivantes à propos de chacun des arguments avancés par Novopharm à l’appui de la thèse de l’invalidité :

1. Cet argument est-il nouveau et différent? (Dans l’affirmative, il sera examiné *ab initio*.)
2. Si l’argument en question a déjà été examiné par la juge Gauthier, suis-je saisi dans la présente espèce de « meilleurs » éléments de preuve ou de moyens de droit « plus valables » que ceux que révèle son exposé des motifs, de telle sorte que je pourrais m’écarter de ses conclusions?

[16] Avant de laisser la question de l’instance antérieure, il nous faut considérer celle de l’interprétation

claims at issue, claims 3, 4 and 5, must be considered. Those same claims are at issue in the present proceeding. Once a patent has been construed in a proceeding, particularly where the Court of Appeal has construed the patent, it would require strong argument for a subsequent Court to come to a different result (see e.g. *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2004), 32 C.P.R. (4th) 224 (F.C.), at paragraph 19; affd [2005] 2 F.C.R. 269 (F.C.A.)).

[17] In the previous proceeding, 2007 FCA 209, the Federal Court of Appeal disagreed with the construction put on the patent and, in particular, claims 3 to 5, by the trial Judge. The Court of Appeal construed the invention as claimed, to include all stereoisomers. It said, at paragraphs 120, 126 and 127:

Therefore, it is necessary to review the disclosure in the '330 patent and to assess how the claims should be read in the light of that disclosure. Several portions of the '330 patent shed light on the invention being claimed. First, the abstract specifies that the invention relates to anti-hypertensive agents:

The compounds of the invention, their salts and pharmaceutical compositions thereof are useful as anti-hypertensive agents.

Elsewhere, the disclosure refers to the use of the invention for the treatment of hypertension:

The compounds of this invention intervene in the renin—[greater than] angiotensin I—[greater than] angiotensin II sequence by inhibiting angiotensin I converting enzyme and reducing or eliminating the formation of the pressor substance angiotensin II, and therefore are useful in reducing or relieving hypertension. Thus by the administration of a composition containing one or a combination of compounds of formula I or pharmaceutically acceptable salts thereof, hypertension in the species of mammal suffering therefrom is alleviated...

...The compounds of the invention can be utilized to achieve the reduction of blood pressure by formulating in compositions such as tablets, capsules or elixirs for oral administration or in sterile solutions or suspensions for parenteral administration. ('330 patent at 6, 9).

...

du brevet '330 et des revendications 3, 4 et 5 en cause. Les mêmes revendications sont en cause en l'espèce. Or, une fois qu'un brevet a été interprété dans une instance, particulièrement s'il l'a été par la Cour d'appel fédérale, des arguments solides devront être présentés pour que la Cour parvienne à une conclusion différente dans une nouvelle instance (se reporter par exemple à la décision *Cie Pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CF 204, au paragraphe 19; confirmée par [2005] 2 R.C.F. 269 (C.A.F.)).

[17] Dans l'instance antérieure (2007 CAF 209), la Cour d'appel fédérale a désapprouvé l'interprétation donnée au brevet, particulièrement aux revendications 3 à 5, par la juge de première instance. La Cour d'appel a interprété l'invention revendiquée comme englobant tous les stéréo-isomères, et déclaré ce qui suit, aux paragraphes 120, 126 et 127 :

Il est donc nécessaire d'examiner la divulgation dans le brevet '330 et d'évaluer la façon dont les revendications devraient être lues à la lumière de cette divulgation. Plusieurs passages du brevet '330 nous éclairent sur l'invention revendiquée. Premièrement, le résumé précise que l'invention a trait à des agents antihypertenseurs :

[TRADUCTION] Les composés de l'invention, leurs sels et les compositions pharmaceutiques qui en découlent sont utiles comme agents antihypertenseurs.

Ailleurs dans la divulgation on mentionne l'utilisation de l'invention pour le traitement de l'hypertension :

[TRADUCTION] Les composés de la présente invention interviennent dans la séquence rénine—[greater than] angiotensine I—[greater than] angiotensine II en inhibant l'enzyme de conversion de l'angiotensine I et en réduisant ou en éliminant la formation de la substance vasopressive, l'angiotensine II, et sont donc utiles pour atténuer ou soulager l'hypertension. Ainsi, en administrant une composition qui contient un ou une combinaison des composés de la formule I ou de leurs sels pharmaceutiquement acceptables, l'hypertension chez les mammifères qui en souffre est atténuée [...]

[...] Les composés de l'invention peuvent être utilisés pour abaisser la pression sanguine dans des compositions comme des comprimés, des capsules ou des élixirs pour administration orale ou des solutions ou suspensions stériles pour administration parentérale. (brevet '330, par. 6, 9).

[...]

On the basis of the evidence before the Court, however, Pfizer's invention can be described as covering all stereoisomers of quinapril. The state of the art is to the effect that all stereoisomers were within the inventor's contemplation, as revealed by the use of a Markish [sic] formula and the fact that patents for other ACE inhibitors claimed and disclosed all stereoisomers. The wording of the claims and the expert evidence suggest that all stereoisomers of quinapril are claimed in the patent. In fact, the Trial Judge, in her introduction on the '330 patent, says that "... [t]he compounds have three chiral centres and all the stereoisomers sharing this common structure, that is both the S- and R-configurations stereoisomers, are within the scope of the claims" (Reasons of Heneghan J., para. 9).

In my view, a person skilled in the art would read the two paragraphs from the disclosure which I have reproduced at paragraph 120 of these Reasons as disclosing that the invention includes all stereoisomers. The skilled reader would be persuaded particularly by the clear statement in the second paragraph that "... all optical isomers and diastereo isomers and mixtures thereof are within the scope of this invention". Accordingly, in my view, a skilled reader would therefore understand that claims 3 and 5, although silent as to stereo configuration, include all stereoisomers. Thus, given that the invention clearly covers all stereoisomers and that the patent claims all stereoisomers, the patent cannot be described as claiming more than what was invented.

[18] With this interpretation in mind, I will turn first to the question of construction of claims 3, 4 and 5 of the '330 patent.

CONSTRUCTION

[19] Before making a determination as to infringement or validity, the Court must construe the patent and, in particular, the claims at issue (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 43).

[20] The parties have agreed that only claims 3, 4 (as it depends from 3) and 5 are at issue. The parties have further agreed that, consistent with the construction of claims 3, 4 and 5 by the Federal Court of Appeal in the earlier proceedings as previously discussed, the claims cover all the stereoisomers of the compound described in the claims.

Toutefois, compte tenu de la preuve soumise à la Cour, l'invention de Pfizer peut être décrite comme englobant tous les stéréo-isomères du quinapril. D'après l'état de la technique, tous les stéréo-isomères étaient envisagés par l'inventeur, comme l'ont démontré l'emploi d'une formule de Markish et le fait que les brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA revendiquaient et divulguaient tous les stéréo-isomères. Le libellé des revendications et la preuve d'expert semblent indiquer que tous les stéréo-isomères du quinapril sont revendiqués dans le brevet. En fait, la juge de première instance, dans son introduction concernant le brevet '330, écrit que « ... [l]es composés ont trois centres chiraux et tous les stéréo-isomères qui partagent cette même structure, c'est-à-dire les stéréo-isomères à la fois de configurations S et R sont visés par les revendications » (motifs de la juge Heneghan, paragraphe 9).

À mon avis, une personne versée dans l'art lirait les deux paragraphes de la divulgation que j'ai reproduits au paragraphe 120 des présents motifs comme divulguant que l'invention inclut tous les stéréo-isomères. Le lecteur versé dans l'art serait convaincu, en particulier en raison de l'affirmation claire dans le deuxième paragraphe, que [TRADUCTION] « ... tous les isomères optiques et les diastéro-isomères et leurs mélanges sont visés par cette invention ». En conséquence, un lecteur versé dans l'art comprendrait, selon moi, que les revendications 3 et 5, bien qu'elles ne parlent pas de la configuration stéréochimique, incluent tous les stéréo-isomères. Ainsi, étant donné que l'invention englobe clairement tous les stéréo-isomères et que le brevet revendique tous les stéréo-isomères, on ne peut dire que le brevet revendique davantage que ce qui a été inventé.

[18] Gardant à l'esprit cette interprétation donnée par la Cour d'appel, j'aborderai maintenant la question de l'interprétation des revendications 3, 4 et 5 du brevet '330.

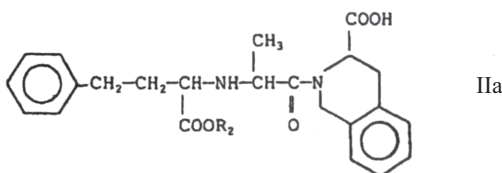
INTERPRÉTATION

[19] L'interprétation du brevet par la Cour, particulièrement des revendications en cause, doit précéder l'examen des questions de validité et de contrefaçon (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 43).

[20] Les parties ont convenu que seules les revendications 3, 4 (dans la mesure où elle découle de la 3) et 5 étaient en cause en l'espèce. Les parties ont en outre convenu, en conformité avec l'interprétation donnée aux revendications 3, 4 et 5 par la Cour d'appel fédérale dans l'instance antérieure tel qu'il a été mentionné, que les revendications englobent

[21] These claims 3, 4 (as it depends from 3) and 5 read as follows:

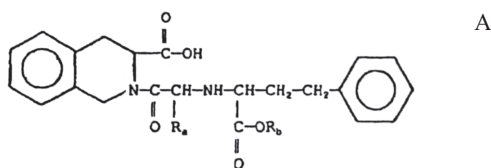
3. A substituted acyl derivative of 1, 2, 3, 4-tetrahydroisoquinoline-3-carboxylic acid of general formula IIa:



Wherein R_2 represents a group selected from H, -CH₃ and -C₂H₅, and a pharmaceutically acceptable acid addition salt or solvated form thereof.

4. A pharmaceutical composition comprising a substituted acyl derivative of 1, 2, 3, 4-tetrahydroisoquinoline-3-carboxylic acid of general formula II as defined in claim 2 or the general formula IIa as defined in claim 3, or a pharmaceutically acceptable salt or solvated form thereof, and a pharmaceutically acceptable carrier.

5. A compound having the general formula A:



wherein:

R_a is selected from:
hydrogen; and
C₁₋₄ alkyl;

R_b is selected from:
hydrogen; and
C₁₋₄ alkyl;

And its pharmaceutically acceptable salts.

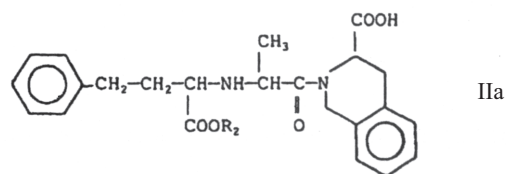
[22] Thus to construe claim 3: it claims a compound as described, which is a class of compounds, in every one of its stereoisomeric forms, plus, added to the

tous les stéréo-isomères du composé décrit dans les revendications.

[21] Ces revendications 3, 4 (dans la mesure où elle découle de la 3) et 5 se lisent comme suit :

[TRADUCTION]

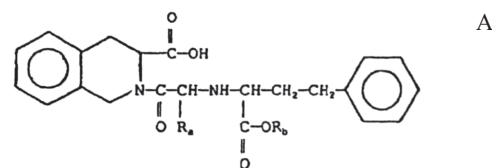
3. Un dérivé acylé de l'acide 1,2,3,4-tétrahydroisoquinoline-3-carboxylique de formule générale IIa :



où R_2 est un H, un -CH₃ ou un -C₂H₅, et un sel d'addition acide pharmaceutiquement acceptable ou une forme solvatée de ce dernier.

4. Une composition pharmaceutique renfermant un dérivé acylé de l'acide 1,2,3,4-tétrahydroisoquinoline-3-carboxylique de formule générale II, telle que définie dans la revendication 2 ou de formule générale IIa telle que définie dans la revendication 3, ou un sel pharmaceutiquement acceptable ou une forme solvatée de ce dernier, ainsi qu'un excipient acceptable du point de vue pharmaceutique.

5. Un composé de formule générale A :



où :

R_a est :
soit un atome d'hydrogène;
soit un alkyle en C₁₋₄;

R_b est :
soit un atome d'hydrogène;
soit un alkyle en C₁₋₄;

et les sels pharmaceutiquement acceptables correspondants.

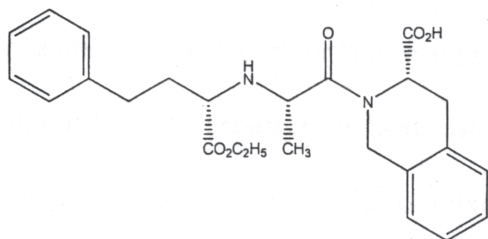
[22] Ainsi, pour l'interprétation de la revendication 3 : elle se rapporte au composé tel que décrit, c'est-à-dire une classe de composés, sous toutes ses formes

compound, is a pharmaceutically acceptable acid addition salt or a solvated form of that salt.

[23] Claim 4 claims all that which is claimed in claim 3 with the addition of a pharmaceutically acceptable carrier.

[24] Claim 5 claims a compound as described, which is a class of compounds, in every one of its stereoisomeric forms, together with pharmaceutically acceptable salts of that compound. The structure of the compound described in claims 3 and 4 is structurally similar to that described in claim 5, even though the drawings are oriented differently.

[25] The particular compound at issue, quinapril can be depicted as



and is described stereoisomerically as the S,S,S stereoisomer.

[26] Quinapril is among those compounds as described in claims 3, 4 and 5. The medicine used in “Accupril” is a pharmaceutically acceptable salt of quinapril as claimed in claim 5 namely quinapril hydrochloride.

ISSUES RAISED IN THESE PROCEEDINGS

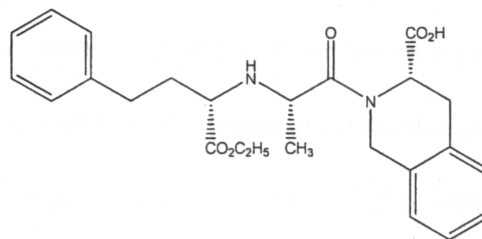
[27] Counsel for the parties did a commendable job, after a pre-trial conference, in assembling materials for the hearing and in defining issues for the Court to determine. Further, counsel for Novopharm advised the Court by letter dated November 27, 2007 that Novopharm will not be pursuing the issues of obviousness and double patenting in these applications. Counsel for Pfizer advised the Court by letter dated December 12, 2007 that Pfizer will no longer be

stéréo-isomères, en plus d’un sel d’addition acide pharmaceutiquement acceptable ou d’une forme solvatée de ce sel.

[23] La revendication 4 englobe la revendication 3 dans son entier, en plus d’un excipient acceptable du point de vue pharmaceutique.

[24] La revendication 5 se rapporte à un composé décrit, c’est-à-dire une classe de composés, sous toutes ses formes stéréo-isomères, ainsi qu’aux sels pharmaceutiquement acceptables de ce composé. Le composé décrit aux revendications 3 et 4 est similaire, du point de vue de sa structure, au composé visé par la revendication 5; les dessins des molécules sont simplement orientés différemment.

[25] Le composé précisément en litige, soit le quinapril, peut être représenté comme suit :



D’un point de vue stéréochimique, il s’agit de l’isomère S,S,S.

[26] Le quinapril fait partie des composés décrits aux revendications 3, 4 et 5. Le médicament contenu dans l’« Accupril » est un sel pharmaceutiquement acceptable du quinapril au sens de la revendication 5, plus précisément du chlorhydrate de quinapril.

LES QUESTIONS SOULEVÉES EN L’ESPÈCE

[27] On doit louer le travail accompli par les avocats des parties, depuis la conférence préalable à l’instruction, en vue de réunir les documents requis pour l’audience et de délimiter les questions à trancher par la Cour. Les avocats de Novopharm ont en outre informé la Cour, par lettre datée du 27 novembre 2007, que leur cliente ne mettrait plus de l’avant les questions de l’évidence et du double brevet dans le cadre des présentes demandes. Pour leur part, les avocats de Pfizer ont informé la Cour,

pursuing the issue as to whether Novopharm is a “second person” within the meaning of the NOC Regulations. As a result, the issues remaining for determination are:

1. Burden of proof

(a) What is the correct test?

(b) To which issues is the application of the burden of proof relevant?

2. Claims broader than invention made and disclosed

(a) Is there any “additional evidence” or “more appropriate legal argument” that would permit this Court to depart from the decision in the *Apotex* case?

(b) Is “claims broader” a question of law, fact or mixed fact and law?

(c) In the context of this case, is “claims broader” a technical argument? If so, how does this impact the Court’s analysis?

(d) What is the proper construction of the claims? (All parties agree that the claims cover all of the stereoisomers.)

(e) What is the proper construction of the invention as it was disclosed in the '330 patent?

(i) To what extent may extrinsic evidence be used to construe the specification of a patent?

(ii) To what extent should the Court consider the evidence of the drafter of the patent and for the inventors as to the nature of the invention?

(iii) What (if any) use can or should the Court make of other patents relating to ACE inhibitors in arriving at the proper construction of the invention?

par lettre datée du 12 décembre 2007, que leur cliente laissait tomber la question de savoir si Novopharm est une « seconde personne » au sens du Règlement AC. Par conséquent, les questions qu’il reste à trancher sont les suivantes :

1. Le fardeau de la preuve

a) Quel est le critère approprié?

b) À l’égard de quelles questions convient-il d’appliquer le fardeau de la preuve?

2. Les revendications ont une portée plus large que l’invention ou la divulgation

a) Dispose-t-on « d’éléments de preuve additionnels » ou « d’un argument juridique plus valable » qui permettrait à la Cour de s’écarter de la décision rendue dans l’affaire *Apotex*?

b) La question de la trop large portée des revendications est-elle une question de droit, de fait ou mixte de droit et de fait?

c) En l’espèce, l’argument de la trop large portée est-il de nature technique? Dans l’affirmative, quelle en est l’incidence sur l’analyse de la Cour?

d) Comment convient-il d’interpréter les revendications? (Les parties conviennent que les revendications englobent tous les stéréo-isomères.)

e) Comment convient-il d’interpréter l’invention divulguée dans le brevet '330?

i) Dans quelle mesure peut-on recourir à une preuve extrinsèque pour interpréter le mémoire descriptif d’un brevet?

ii) Dans quelle mesure la Cour devrait-elle prendre en considération le témoignage du rédacteur du brevet et pour le compte des inventeurs quant à la nature de l’invention?

iii) Quelle usage (s’il en est) la Cour pourrait ou devrait-elle faire d’autres brevets relatifs à des inhibiteurs de l’ECA pour correctement interpréter l’invention?

- (f) Are the claims broader than the invention made and disclosed?
- f) Les revendications ont-elles une portée plus large que l'invention ou la divulgation?
3. Sound prediction
3. La prédiction valable
- (a) Is there any “additional evidence” or “more appropriate legal argument” that would permit this Court to depart from the decision in the *Apotex* case?
- a) Dispositif-on « d'éléments de preuve additionnels » ou « d'un argument juridique plus valable » qui permettrait à la Cour de s'écarter de la décision rendue dans l'affaire *Apotex*?
- (i) Is the evidence of Hoefle, Blankley or Klutchko any different in this case?
- i) Les témoignages d'Hoefle, de Blankley et de Klutchko diffèrent-ils d'une manière quelconque dans la présente affaire?
- (ii) If so, is it different in a way that permits the Court to depart from the previous decisions?
- ii) Dans l'affirmative, diffèrent-ils d'une manière permettant à la Cour de s'écarter des décisions antérieures?
- (b) Is the test for lack of sound prediction met?
- b) Satisfait-on au critère concernant l'absence de prédiction valable?
- (i) What is the correct date for assessing sound prediction?
- i) Quelle est la date appropriée pour évaluer s'il y a prévision valable?
- (ii) Is sound prediction a question of fact, law or mixed fact and law?
- ii) La question de la prédiction valable est-elle une de droit, de fait ou mixte de fait et de droit?
- (iii) Does the test for sound prediction require the Court to consider what the inventors were actually thinking or does it look to the experts to say what the inventors could have predicted based on what was known to the inventors at the relevant time?
- iii) En ce qui concerne le critère de la prédiction valable, la Cour doit-elle s'en tenir à ce que les inventeurs pensaient véritablement, ou doit-elle prendre en compte ce que, selon les experts, les inventeurs auraient pu prédire en fonction de ce que ces derniers savaient à l'époque en cause?
- (iv) Are the elements of the test for sound prediction subjective or objective?
- iv) Les éléments du critère de la prédiction valable sont-ils subjectifs ou objectifs?
- (v) Was there a factual basis to predict that the claimed compounds would have activity as ACE inhibitors and antihypertensives? This will include consideration of the following:
- v) Des éléments de fait permettaient-ils de prédire que les composés revendiqués seraient actifs en tant qu'inhibiteurs de l'ECA et antihypertenseurs? Cela nécessitera notamment l'examen des éléments qui suivent :
- (A) Novopharm asserts that part of the factual basis that Pfizer relies on (reported data from a publication) is caused by contamination. Pfizer asserts that this is outside Novopharm's notice of allegation.
- A) Novopharm soutient que certains éléments de fait sur lesquels Pfizer se fonde (des données publiées) sont causés par contamination. Pfizer prétend que cela dépasse la portée de l'avis d'allégation de Novopharm.

(B) Novopharm asserts that part of the factual basis that Pfizer relies on (that all of the compounds have activity in the dosage range given in the patent provided that in some cases they are administered at very high doses intravenously) is not supported because the intravenous doses relied upon are not realistic. Pfizer asserts that this is outside Novopharm's notice of allegation.

(vi) Was there an articulable line of reasoning to predict that the claimed compounds would have activity as ACE inhibitors and antihypertensives?

(vii) Is the disclosure of the '330 patent proper?

(A) What is the impact of the last paragraph on page 3 of the '330 patent?

BURDEN OF PROOF

[28] The issue as to who bears the burden of proof, in particular where validity issues are raised in respect of a patent, continues to be raised by the parties in NOC proceedings.

[29] I canvassed that issue in *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 477 (F.C.) and concluded, at paragraph 39:

The question of burden of proof in NOC proceedings, where issues of validity are raised, was canvassed in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2006), 46 C.P.R. (4th) 281, at paragraphs 6 to 12, in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2006), 54 C.P.R. (4th) 356 (F.C.), at paragraphs 85 to 94, and in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 26, at paragraphs 5 to 12. The respondent (generic) must put the invalidity allegations in play, the applicant may respond by asserting the presumption of validity. Should the applicant lead no evidence as to validity but the respondent does lead some evidence, the applicant would place itself at a serious disadvantage. Once the evidence is in, the applicant bears the ultimate burden to establish that the allegations of invalidity are not justified.

B) Novopharm soutient que certains éléments de fait sur lesquels s'appuie Pfizer (soit que tous les composés possèdent une activité dans la gamme posologique énoncée au brevet, pourvu qu'ils soient dans certains cas administrés à dose très élevée par voie intraveineuse) sont sans fondement, puisque les doses administrées par voie intraveineuse mentionnées sont d'un niveau irréaliste. De nouveau, Pfizer prétend que cela dépasse la portée de l'avis d'allégation de Novopharm.

vi) Un raisonnement clair permettait-il de prédire que les composés revendiqués seraient actifs en tant qu'inhibiteurs de l'ECA et antihypertenseurs?

vii) Y a-t-il divulgation suffisante à l'égard du brevet '330?

A) Quel est l'effet du dernier paragraphe de la page 3 du brevet '330?

LE FARDEAU DE LA PREUVE

[28] La question du fardeau de la preuve, particulièrement à l'égard des questions de validité concernant un brevet, continue d'être soulevée par les parties dans les instances relatives aux avis de conformité.

[29] Je me suis penché sur cette question dans la décision *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 477 (C.F.), et j'en suis venu à la conclusion suivante au paragraphe 39 :

La question de la charge de la preuve dans les instances relatives aux AC où sont soulevées des questions de validité a fait l'objet d'un examen approfondi dans les décisions suivantes : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 220, aux paragraphes 6 à 12; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CF 1558, aux paragraphes 85 à 94; et *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 26, aux paragraphes 5 à 12. Le défendeur (le fabricant de génériques) doit mettre les allégations d'invalidité en jeu. Le demandeur peut répondre en faisant valoir la présomption de validité. Le demandeur se trouverait sérieusement désavantagé dans le cas où il ne produirait pas de preuve touchant la validité alors que le défendeur le ferait. Une fois la preuve produite, c'est au demandeur qu'incombe la charge ultime d'établir que les allégations d'invalidité ne sont pas fondées.

[30] Sharlow J.A. of the Federal Court of Appeal in a unanimous decision of a panel comprising her, Malone and Ryer JJ.A. in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2007), 59 C.P.R. (4th) 30, considered the matter and held that the applicant bears the burden of establishing its entitlement to an order for prohibition. As to validity, the applicant may rely on the presumption of validity but, if the record contains any evidence capable of rebutting that presumption, the Court must weigh that evidence. She said, at paragraphs 9 and 10:

It is now beyond debate that an applicant for a prohibition order under the *NOC Regulations* bears the burden of establishing its entitlement to the order. Abbott argues that the Judge in this case failed to recognize and apply that principle correctly, in light of the presumption of validity in subsection 43(2) of the *Patent Act*, R.S.C. 1985, c. P-4, which reads as follows:

43. (2) After the patent is issued, it shall, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the patentee and the legal representatives of the patentee for the term mentioned in section 44 or 45, whichever is applicable.

...

43. (2) *Une fois délivré, le brevet est, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux pour la période mentionnée aux articles 44 ou 45.*

In my view, the Judge made no such error. The presumption in subsection 43(2) is weakly worded (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Limited*, [2002] 4 S.C.R. 153, per Justice Binnie at paragraph 43). It cannot determine the outcome of prohibition proceedings under the *NOC Regulations* if, as in this case, the record contains any evidence that, if accepted, is capable of rebutting the presumption (see *Rubbermaid (Canada) Ltd. v. Tucker Plastic Products Ltd.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 6 (F.C.T.D.) at page 14, and *Bayer Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285, at paragraph 9).

[31] Subsequently, another panel of the Federal Court of Appeal comprising Linden, Nadon and Sexton JJ.A. addressed the issue of burden but without reference to the decision of the panel in *Abbott*. This was the decision of the Federal Court of Appeal in the earlier litigation involving quinapril and Apotex which must be considered in light of the direction by Sexton J.A. in

[30] Dans *Abbott Laboratoires c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 153, une décision unanime de la Cour d'appel fédérale, la juge Sharlow — les juges Malone et Ryer souscrivant à ses motifs — a examiné la question et a statué qu'il incombait au requérant sollicitant une ordonnance d'interdiction de démontrer le bien-fondé de sa demande. Le requérant peut alors faire valoir la présomption de validité mais, si le dossier contient la moindre preuve susceptible de réfuter cette présomption, la Cour doit apprécier cette preuve. La juge Sharlow a ainsi déclaré, aux paragraphes 9 et 10 :

Il ne fait désormais plus aucun doute qu'il incombe au requérant qui sollicite une ordonnance d'interdiction en vertu du Règlement de démontrer le bien-fondé de sa demande. Abbott estime que, dans la présente affaire, le juge n'a pas correctement appliqué ce principe, compte tenu de la présomption de validité prévue au paragraphe 43(2) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, dont voici le texte :

43. (2) Une fois délivré, le brevet est, sauf preuve contraire, valide et acquis au breveté ou à ses représentants légaux pour la période mentionnée aux articles 44 ou 45.

[...]

43. (2) *After the patent is issued, it shall, in the absence of any evidence to the contrary, be valid and avail the patentee and the legal representatives of the patentee for the term mentioned in section 44 or 45, whichever is applicable.*

Je considère que le juge n'a pas commis l'erreur qu'on lui reproche. La formulation de la présomption prévue au paragraphe 43(2) est plutôt faible (*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Limited*, [2002] 4 R.C.S. 153, le juge Binnie, au paragraphe 43). Cette présomption n'est donc pas concluante pour une demande d'interdiction présentée en vertu du Règlement si, comme c'est le cas en l'espèce, le dossier contient la moindre preuve susceptible, si elle est admise, de réfuter la présomption en question (voir *Rubbermaid (Canada) Ltd. c. Tucker Plastic Products Ltd.* (1972), 8 C.P.R. (2d) 6 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 14, et *Bayer Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 6 C.P.R. (4th) 285, au paragraphe 9).

[31] Une autre formation de la Cour d'appel, constituée des juges Linden, Nadon et Sexton, s'est plus tard penchée elle aussi sur la question du fardeau de la preuve, sans faire mention toutefois de la décision rendue dans l'arrêt *Abbott*, précité. Il s'agit de la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'instance antérieure mettant en cause le quinapril et Apotex, qu'on

Sanofi-Aventis as to multiple proceedings. Apparently, *Abbott* had not been drawn to their attention. Nadon J.A. for the Court reviewed some of the jurisprudence on the issue of burden at paragraphs 101 to 111 in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 209. His conclusions are set out at paragraphs 109 and 110:

Thus, a first person under the Regulations has the overall burden of establishing, on a balance of probabilities, that the allegations of invalidity contained in a second person's NOA are not justified. Although the first person has the initial burden, because of the presumption of the validity of a patent set out in section 45 of the pre-1989 Act, it can meet this burden merely by proving the existence of the patent. The second person then has the burden of adducing evidence of invalidity and of putting the allegations of invalidity contained in its NOA "in play". To do so, the second person must adduce evidence which is not clearly incapable of establishing its allegations of invalidity. Hence, not only must the second person's NOA contain a sufficient factual and legal basis for its allegations, but it must also adduce evidence of invalidity at trial.

Once the second person has adduced sufficient evidence, on a balance of probabilities, the first person must, also on a balance of probabilities, disprove the allegations of invalidity set out in the NOA. As explained by my colleague Sharlow J.A. at paragraph 9 of her Reasons in *Bayer*, *supra*:

The operation of the statutory presumption in the face of evidence of invalidity depends upon the strength of the evidence. If the evidence proves, on a balance of probabilities, that the patent is invalid, the presumption is rebutted and is no longer relevant. . . .

[32] I do not view the reasoning of the two panels of the Federal Court of Appeal to be in substantial disagreement. Justice Mosley of this Court reconciled these decisions in his reasons in *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2007), 61 C.P.R. (4th) 305, at paragraphs 44 to 51. What is required when issues of validity of a patent are raised is:

1. The second person, in its notice of allegation may raise one or more grounds for alleging invalidity;

doit prendre en considération en tenant compte de ce que le juge Sexton a déclaré dans l'arrêt *Sanofi-Aventis* sur les instances liées à des avis de conformité multiples. Dans cette affaire, à ce qu'il semble, l'arrêt *Abbott* n'avait pas été porté à l'attention de la formation. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Nadon a passé en revue une partie de la jurisprudence sur le fardeau de la preuve aux paragraphes 101 à 111 de l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 209, pour conclure comme suit aux paragraphes 109 et 110 :

Ainsi, la première personne au sens du Règlement a la charge générale de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que les allégations d'invalidité contenues dans l'avis d'allégation de la seconde personne ne sont pas fondées. Bien que la charge initiale incombe à la première personne, en raison de la présomption de validité d'un brevet énoncée à l'article 45 de la Loi antérieure à 1989, elle peut s'en acquitter simplement en prouvant l'existence du brevet. Il incombe alors à la seconde personne de présenter des éléments de preuve concernant l'invalidité et de mettre « en jeu » les allégations d'invalidité contenues dans l'avis d'allégation. Pour ce faire, la seconde personne doit présenter une preuve qui n'est pas clairement inapte à étayer ses allégations d'invalidité. En conséquence, non seulement la seconde personne doit présenter un avis d'allégation contenant un fondement factuel et juridique suffisant pour étayer ses allégations, mais elle doit également présenter une preuve d'invalidité au procès.

Une fois que la seconde personne a présenté une preuve suffisante, selon la prépondérance des probabilités, la première personne doit, également selon la prépondérance des probabilités, réfuter les allégations de l'avis d'allégation. Comme l'a expliqué ma collègue la juge Sharlow, dans l'arrêt *Bayer*, précité, au paragraphe 9 de ses motifs :

L'application de la présomption légale en présence d'une preuve de l'invalidité dépend de la force de cette preuve. Si celle-ci démontre selon la probabilité la plus forte que le brevet est invalide, la présomption est réfutée et n'est plus pertinente [. . .]

[32] À mon avis, la décision de chacune des deux formations de la Cour d'appel fédérale n'est pas substantiellement divergente. Le juge Mosley de la Cour a concilié ces deux décisions dans les motifs qu'il a énoncés dans *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 971 (aux paragraphes 44 à 51). Certains éléments, formulés comme suit, sont requis lorsque sont soulevées des questions de validité d'un brevet :

1. La seconde personne peut, dans son avis d'allégation, soulever un ou plusieurs motifs pour faire valoir l'invalidité.

2. The first person may in its notice of application filed with the Court join issue on any one or more of those grounds;

3. The second person may lead evidence in the Court proceeding to support the grounds upon which issue has been joined;

4. The first person may, at its peril, rely simply upon the presumption of validity afforded by the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4] or, more prudently, adduce its own evidence as to the grounds of invalidity put in issue.

5. The Court will weigh the evidence; if the first person relies only on the presumption, the Court will nonetheless weigh the strength of the evidence led by the second person. If that evidence is weak or irrelevant the presumption will prevail. If both parties lead evidence, the Court will weigh all the evidence and determine the matter on the usual civil balance.

6. If the evidence weighed in step 5 is evenly balanced (a rare event), the applicant (first person) will have failed to prove that the allegation of invalidity is not justified and will not be entitled to the order of prohibition that it seeks.

[33] If the matter were an ordinary action for, say, infringement of a patent where validity is put in issue, the party challenging validity bears the burden such that, it must put in evidence to support the allegation of invalidity. The patentee may rely on the presumption but only to the extent that the attacking party must lead some reliable evidence to support its allegation. At the end of the day, the Court must weigh the evidence on the usual civil burden of proof (*Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (F.C.A.), at pages 357–359). Only if the Court finds the evidence to be “evenly balanced” (a rare event) would the question of burden arise in an ordinary case and the party attacking validity, bearing the burden, would fail.

2. La première personne peut, dans son avis de demande déposé auprès de la Cour, lier contestation à l’égard d’un ou de plusieurs de ces motifs.

3. La seconde personne peut produire une preuve pendant l’instance devant la Cour pour étayer les motifs à l’égard desquels a été liée contestation.

4. La première personne peut, à ses risques, se fier simplement sur la présomption de validité prévue par la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] ou, si elle est plus prudente, présenter sa propre preuve quant aux motifs d’invalidité mis en cause.

5. La Cour apprécie la preuve. Si la première personne se fie uniquement sur la présomption, la Cour va malgré cela apprécier la solidité de la preuve produite par la seconde personne. Si cette preuve n’est pas concluante ni pertinente, la présomption prévaut. Si les deux parties produisent une preuve, la Cour appréciera la preuve et tranchera la question selon la norme habituelle de la prépondérance des probabilités.

6. Si la preuve de l’une et l’autre partie s’équivaut à l’étape 5 (ce qui est rare), le requérant (la première personne) n’aura pas réussi à démontrer l’absence de fondement de l’allégation d’invalidité et n’aura pas droit à la délivrance de l’ordonnance d’interdiction sollicitée.

[33] S’il s’agissait d’une action ordinaire, par exemple une action en contrefaçon de brevet où est soulevée la question de la validité, c’est à la personne contestant la validité qu’incomberait le fardeau et elle devrait alors présenter une preuve pour étayer l’allégation d’invalidité. Le breveté peut s’appuyer sur la présomption, mais uniquement dans la mesure où la partie qui conteste n’a pas présenté une preuve digne de foi pour étayer son allégation. La Cour, en fin de compte, doit apprécier la preuve selon la norme de preuve civile habituelle (*Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.*, [1991] A.C.F. n° 124 (C.A.) (QL), aux pages 12 à 18 [de QL]). Ainsi, c’est seulement dans le (rare) cas où la Cour conclut à l’équivalence de la preuve de l’une et l’autre partie que la question de la présomption se poserait dans une affaire ordinaire, et la personne qui conteste la validité, comme c’est à elle qu’incombe le fardeau de la preuve, serait déboutée.

VALIDITY OF THE '330 PATENT

(1) Effect of Earlier Proceedings

[34] In the context of the NOC Regulations, Novopharm has challenged the validity of the '330 patent in its notices of allegation sent to Pfizer causing Pfizer to institute the present proceedings. The objective of these proceedings is to prohibit the Minister of Health from issuing an NOC to Novopharm which notice, in the absence of any other restriction, would permit Novopharm to sell generic versions of Pfizer's quinapril drugs in Canada. I am advised that there are other restrictions in the form of other proceedings respecting another patent. That is not relevant here.

[35] The challenges made by Novopharm to the validity of the '330 patent have been reduced to two: (1) claims broader than the invention; and (2) lack of sound prediction. Challenges to the validity of the same claims of the '330 patent as are at issue here were made by another generic, Apotex, in the earlier proceedings as discussed previously. Pfizer was successful in the Federal Court of Appeal in persuading the Court that Apotex' assertions as to invalidity on those grounds were not justified.

[36] Accordingly, under the provisions of subsection 6(2) of the NOC Regulations, the Court made an order prohibiting the Minister from issuing an NOC to Apotex. There were other issues in the earlier proceedings, all resolved against the interests of Apotex, which are not relevant here.

[37] The Federal Court of Appeal in *Sanofi-Aventis*, has cautioned against multiple proceedings by different generics in which the validity of the same patent continues to be challenged in circumstances where such a challenge by a generic in earlier proceedings has failed. That Court indicated that a balanced approach was necessary which, on the one hand would consider whether better evidence or more appropriate legal argument was made by a subsequent generic thus making it unfair that such matters should not be raised, while, on the other hand, being mindful that the resources of the Court and others, such as the Minister who administers the NOC Regulations, should not be

LA VALIDITÉ DU BREVET '330

1) L'incidence de l'instance antérieure

[34] Novopharm a contesté, en application du Règlement AC, la validité du brevet '330 au moyen des avis d'allégation qu'elle a signifiés à Pfizer. Cette dernière a réagi en engageant la présente instance, qui vise à interdire au ministre de la Santé de délivrer un AC à Novopharm. Cet avis, s'il était délivré sans aucune autre restriction, permettrait à Novopharm de vendre au Canada des versions génériques des médicaments quinapril de Pfizer. On m'a avisé que d'autres restrictions existent, en la forme d'autres instances concernant un autre brevet, mais cela n'est pas pertinent en l'espèce.

[35] Novopharm a réduit à deux ses motifs de contestation de la validité du brevet '330 : 1) revendications de portée plus large que l'invention; 2) absence de prédiction valable. Comme on l'a dit, une autre société générique, Apotex, a déjà contesté dans l'instance antérieure la validité des mêmes revendications en cause du brevet '330. Pfizer avait alors réussi à convaincre la Cour d'appel fédérale que n'étaient pas fondées les assertions d'Apotex quant à l'invalidité pour ces motifs.

[36] Par conséquent, en vertu du paragraphe 6(2) du Règlement AC, la Cour a pris une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC à Apotex. D'autres questions étaient soulevées dans l'instance antérieure, toutes tranchées en défaveur d'Apotex, mais elles sont sans pertinence en l'espèce.

[37] Dans l'arrêt *Sanofi-Aventis*, la Cour d'appel fédérale a mis en garde contre l'institution par différentes sociétés génériques d'instances multiples, où la validité d'un même brevet continue d'être contestée alors qu'une même contestation par une société générique a été rejetée dans une instance antérieure. La Cour d'appel a déclaré qu'il était nécessaire d'établir un équilibre entre, d'un côté, l'existence possible de meilleurs éléments de preuve ou d'un argument juridique plus valable présentés postérieurement par une société générique, ce qui rendrait l'interdiction d'évoquer ces éléments injuste et, d'un autre côté, le fait que les ressources de la Cour de même que celles, notamment, du ministre administrant le

wasted by repeated proceedings, even if skilfully presented and argued.

[38] NOC proceedings are flooding the Court system at a rate which, roughly calculated, at the current pace, means that three proceedings are instituted for each one disposed of by the Court. The NOC Regulations require that the proceedings be disposed of by the Court within 24 months from institution barring consent of the parties to an extension. Rarely is such consent, except for perhaps a few weeks, forthcoming. The Court accepts the challenge. However, where essentially the same matters as were previously disposed of are raised again, the Court must come to grips with the question as to whether there is an unnecessary waste of the Court's resources.

[39] The parties are not without their remedies. The NOC proceedings provide, to the patent owner or its nominee, a chance to gain what amounts to a permanent injunction for the lifetime of the patent(s) involved if successful and, at least, a 24-month temporary injunction simply by instituting the proceeding. The generic has gained the opportunity to reference data as to matters such as safety and efficacy, previously submitted by the patentee/nominee, to the Minister. However, regardless of the result of the NOC proceedings, free of any jurisprudential constraint such as *res judicata*, the patentee can always institute proceedings for infringement of the patent(s). The generic can always institute proceedings to challenge the validity of the patent(s). Whether or not a patentee or a generic is precluded from litigating or relitigating a question in the context of the NOC Regulations, the fundamental right to an action respecting infringement or validity is unaffected. A party may be required to change its tactics but its fundamental rights are unaffected.

[40] The NOC Regulations are extra administrative processes tied to the protection of public health. They provide remedies in unique circumstances that are directed to the Minister that would, in certain circumstances, prohibit the Minister from granting an NOC to an applicant generic drug company. Two

Règlement AC ne devraient pas être gaspillées par des instances répétées, même si la présentation de la preuve et l'argumentation sont en l'occurrence très habiles.

[38] La Cour est envahie d'instances portant sur un avis de conformité et, au rythme où vont actuellement les choses, près de trois instances sont engagées pour chacune qui est tranchée par la Cour. Selon le Règlement AC, l'instance doit être tranchée par la Cour dans les 24 mois suivant son institution, sauf si les parties consentent à une prorogation du délai. Rarement un tel consentement est-il accordé, sauf peut-être pour une prorogation de quelques semaines. La Cour accepte de relever ce défi. Toutefois, lorsqu'on soulève de nouveau essentiellement les mêmes questions que celles déjà tranchées, la Cour doit se demander sérieusement s'il ne s'agit pas là d'un gaspillage superflu de ses ressources.

[39] Les parties ne sont pas sans recours. L'instance portant sur un avis de conformité fournit au titulaire de brevet, ou à son représentant, l'occasion d'obtenir l'équivalent d'une injonction permanente pendant la durée de validité du brevet s'il a gain de cause, ou à tout le moins une injonction temporaire de 24 mois simplement en engageant l'instance. Pour sa part, la société générique obtient l'accès à des données sur des questions comme la sécurité et l'efficacité précédemment soumises par le breveté (ou son représentant) au ministre. Toutefois, quelle que soit l'issue de l'instance portant sur un avis de conformité, sauf si la jurisprudence ou le principe de l'autorité de la chose jugée y fait obstacle, le breveté peut toujours intenter une action en contrefaçon du ou des brevets, et la société générique peut toujours engager une poursuite pour contester la validité de ceux-ci. Et même si un breveté ou une société générique se voit empêcher de porter ou de reporter en justice une affaire qui met en cause le Règlement AC, il n'y a pas atteinte au droit fondamental d'intenter une action en matière de contrefaçon ou de validité. Une partie peut devoir changer sa stratégie, mais il n'y a pas atteinte à ses droits fondamentaux.

[40] Le Règlement AC prévoit un processus administratif supplémentaire lié à la protection de la santé publique. On y prévoit des recours visant le ministre en des circonstances uniques, recours permettant notamment de lui interdire de délivrer un AC à une société pharmaceutique générique demanderesse.

decisions of the Federal Court of Appeal are instructive in this regard. One is *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2003] 4 F.C. 95 (F.C.A.), where Strayer J.A. said for the Court, at paragraph 26:

Instead, the Regulations provide an extra administrative process tied to the protection of public health, designed, on the one hand, to assist the development and preparation for marketing of generic drugs at a time prior to issue of an NOC when their sale would still be an infringement of a current patent. At the same time it gives patentees extra protection: by merely applying for prohibition they can normally prevent the issue of an NOC to a generic for 24 months.

[41] The other is *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (F.C.A.) where Strayer J.A., again, for the Court, said at paragraph 9:

I believe that the fundamental principles applicable are those stated in the reasons of Isaac J.A. in the *Pfizer* case, as approved and followed by another panel of this Court in the *Rhoxalpharma* case less than one year ago. The basic principle is that the extraordinary procedures provided by the Regulations are for the public law purpose of enabling the Trial Division to prevent a public officer from issuing a Notice of Compliance, designed for the protection of the public's health, if the patentee can show that the patents, as referred to by a generic company in its notice of allegation seeking a Notice of Compliance, are owned by the applicant "first person" and that the relevant claims are not invalid and would be infringed. This is a finding of the Court for the limited purpose of deciding whether or not the Minister can issue a Notice of Compliance: no one could suppose that this is a scheme designed for *res judicata* determinations of the scope or validity of patents. As Isaac J.A. said at 253–54 of the *Pfizer* case:

[25] It should be noticed that a decision by this Court that the appeals are moot does not mean that the appellants are without remedies. They may commence actions for infringement if so advised and the facts warrant. This Court has been very clear on the fact that s. 6 proceedings are not adjudicative of the rights of the patentee. In *Merck Frosst Canada, supra*, at 319, Hugessen J.A. rejected the notion that prohibition proceedings could be assimilated to an action of any kind:

Deux arrêts de la Cour d'appel fédérale peuvent nous éclairer à cet égard. L'un d'eux est l'arrêt *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] 4 C.F. 95 (C.A.F.), où le juge Strayer a déclaré ce qui suit au paragraphe 26 :

Le Règlement prévoit au contraire un processus administratif supplémentaire lié à la protection de la santé publique et créé, d'une part, pour faciliter la mise au point et la préparation de drogues génériques à une période précédant la délivrance d'un AC où leur vente constituerait encore une violation d'un brevet en vigueur et, d'autre part, pour conférer aux brevetés une protection additionnelle : en faisant une simple demande d'interdiction, les brevetés peuvent habituellement empêcher la délivrance d'un AC à l'égard d'un produit générique pour une durée de 24 mois.

[41] L'autre arrêt est *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440, où le juge Strayer, une fois encore, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a également déclaré ce qui suit au paragraphe 9 :

Je crois que les principes fondamentaux qui s'appliquent sont ceux qui ont été formulés par le juge Isaac dans l'arrêt *Pfizer* et qui ont été approuvés et suivis par une autre formation collégiale de notre Cour dans l'affaire *Rhoxalpharma* il y a moins d'un an. Le principe fondamental est que la procédure extraordinaire prévue par le Règlement vise un objectif d'ordre public, celui de permettre à la Section de première instance d'empêcher un fonctionnaire de délivrer un avis de conformité, conçu pour la protection de la santé du public, si le breveté réussit à démontrer que les brevets qu'énumère un fabricant de médicaments génériques dans l'avis d'allégation qu'il présente en vue d'obtenir un avis de conformité, appartiennent à la « première personne » demanderesse et que les revendications pertinentes ne sont pas invalides et qu'elles seraient contrefaites. Il s'agit là d'une conclusion que la Cour est appelée à tirer dans le but bien précis de décider si le ministre peut ou non délivrer un avis de conformité : personne ne songerait qu'il s'agit là d'un mécanisme permettant à la Cour de rendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée au sujet de la portée ou de la validité des brevets. Ainsi que le juge Isaac l'a déclaré au paragraphe 25 de l'arrêt *Pfizer* :

[25] Il convient de souligner qu'une décision de la présente Cour portant que les appels sont théoriques ne signifie pas que les appelantes n'ont pas de recours. Elles peuvent engager des actions en contrefaçon, si elles sont conseillées en ce sens et que les faits justifient ce recours. La Cour d'appel fédérale a indiqué très clairement que les demandes fondées sur l'article 6 n'ont pas pour effet de trancher les droits du titulaire de brevet. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada*, précité, p. 319, le juge Hugessen a rejeté l'idée d'assimiler une demande d'interdiction à une action :

The proceedings are not an action and their object is solely to prohibit the issuance of a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations*. Manifestly, they do not constitute “an action for infringement of a patent” ...

In these circumstances, it is idle to suggest that any decision that this Court makes in these appeals could be used to attack collaterally a judgment in an infringement action.

As Isaac J.A. also pointed out in *Pfizer* at 252, by subsection 7(4) of the Regulations the period of automatic stay of the issue of an NOC expires when, *inter alia*, the application for prohibition is “dismissed by the court”. This has been interpreted by this Court to mean “dismissed by the Trial Division”, given the special and self-contained scheme of the Regulations. (*Hoffman-LaRoche Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1996), 70 C.P.R. (3d) 206 (F.C.A.)). It does not mean “dismissed by the Federal Court of Appeal”.

[42] Thus, while it is recognized that a second generic is a different person than a first generic and that the proceedings are two different proceedings, the remaining matters are the same. The patentee, “first person,” is the same, the patent is the same, the Minister is the same and the relief sought is the same, prohibition against the Minister. Identity of parties or privies, even under the strict doctrine of issue estoppel is not an essential requirement. Again, I reference Strayer D.J. (as he is now) in *Estenson v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 538, at paragraphs 19 to 24:

It is well established that for issue estoppel to prevent further proceedings to try a question:

- i) the same question must have been decided in an earlier proceeding;
- ii) the decision in the earlier proceeding must be final;
- iii) the parties to the previous decision or their privies are the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel was raised or their privies.

(see e.g. *Angle v. Minister of National Revenue*, [1975] 2 S.C.R. 248 at paragraph 254; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 460 at paragraphs 54-61.)

La procédure engagée n’est pas une action et ne vise qu’à faire interdire la délivrance d’un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*. Manifestement, elle ne constitue pas « une action en contrefaçon de brevet » .

Dans ces circonstances, il est inutile de mentionner que toute décision que la présente Cour rendra en l’espèce pourrait servir à contester accessoirement un jugement prononcé dans une action en contrefaçon.

Ainsi que le juge Isaac l’a souligné dans l’arrêt *Pfizer* à la page 252, aux termes du paragraphe 7(4) du Règlement, le délai de suspension automatique qui frappe la délivrance de l’avis de conformité expire notamment lorsque la demande est « rejetée par le tribunal ». Suivant la Cour, il faut entendre par « tribunal » « [...] la Section de première instance de la Cour fédérale », compte tenu du caractère exceptionnel et autonome du Règlement (*Hoffman-LaRoche Ltd. c. Canada*, (1996), 70 C.P.R. (3d) 206)). L’expression en question ne signifie pas « rejetée par la Cour d’appel fédérale ».

[42] Ainsi, bien qu’il soit reconnu qu’une seconde société générique est une personne différente de la première société générique, et que les deux instances sont distinctes, les autres éléments en cause sont les mêmes. Le breveté, la « première personne », est le même, le brevet est le même, le ministre est le même et le recours sollicité, l’interdiction adressée au ministre, est également le même. Il n’est pas essentiel que les parties ou leurs ayants droit soient les mêmes dans les deux instances, même en suivant la stricte doctrine de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée. Je renvoie encore à des motifs du juge Strayer (maintenant juge suppléant), cette fois dans la décision *Estenson c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 538, aux paragraphes 19 à 24 :

Il est bien établi que pour que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée empêche de nouvelles procédures pour juger une question :

- i) la même question doit avoir été décidée dans une procédure antérieure;
- ii) la décision rendue dans la procédure antérieure doit être finale;
- iii) les parties à la décision antérieure ou leurs ayants droit doivent être les mêmes que les parties engagées dans l’affaire où la préclusion est soulevée ou leurs ayants droit.

(Voir, par exemple, *Angle c. Ministre du Revenu national*, [1975] 2 R.C.S. 248, au paragraphe 254; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 460, aux paragraphes 54 à 61.)

Looking at the second condition first, I think it is not in dispute that the decision of the Chairman of the Review Tribunal under the *Agriculture and Agri-Food Administrative Monetary Penalties Act* is final. There is no provision for appeal under that Act and the time for judicial review has long since passed.

A more difficult question is as to whether the same question was involved before that Review Tribunal as would be before an adjudicator in respect of the Applicant's accreditation under his AVA. Admittedly the legal issues are different. The former involved a possible violation of paragraph 69(1)(b) of the *Health of Animals Regulations* whereas the latter will involve what is essentially a breach of contract of the Applicant's accredited veterinarian agreement. It is sufficient, however, for issue estoppel that there be some question vital to the outcome of both cases which is the same in all material respects. See *Rasanen v. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 68 O.A.C. 284 at paragraphs 31, 32, 88, 89. While the different legal framework might well preclude cause of action estoppel, here we have a determination of fact which is equally applicable in both cases. The factual question fundamental to any finding of responsibility in respect to either the Applicant or Mr. Tebrinke is: was the OTM head discovered at the Tyson plant from an animal in the load certified by the Applicant and exported by Mr. Tebrinke to the United States? Unless that question can be answered in the affirmative, then neither one should be responsible: not Mr. Tebrinke under the *Health of Animals Regulations*, nor the Applicant under his contract which requires him to certify accurately.

The most difficult question to answer is the third, namely are the same parties involved or their privies? I should first say that in my view that test should be applied more rigorously to the person who suffers the negative impact of estoppel. In this case that party is in reality the same in both cases, namely the CFIA. Admittedly in this case the party seeking to take advantage of estoppel was not personally a party to the *Tebrinke* proceedings which found Tebrinke not guilty but I have concluded that for these purposes the Applicant and Mr. Tebrinke were privies. I think there must be some flexibility in identifying privies for this purpose. In *Sopinka, Lederman, Bryant, The Law of Evidence in Canada* (Butterworth's, second edition) at paragraph 19.86 it is said:

It is impossible to be categorical about the degree of interest which will create privity. It has been said that "there must be a sufficient degree of identification between the two to make it just to hold that the decision to which one was party should be binding in proceedings to which the other is party".

Si l'on examine tout d'abord la deuxième condition, je pense qu'il est indubitable que la décision du président de la Commission de révision, prise en vertu de la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, est finale. Cette loi ne prévoit pas de droit d'appel et le délai pour demander un contrôle judiciaire est depuis longtemps expiré.

Il est plus difficile de trancher si la question dont la Commission de révision était saisie est la même que celle qui serait soumise à un arbitre au sujet de l'accréditation du demandeur en vertu de l'EAV. Certes, les questions de droit sont différentes. La première concerne une violation possible de l'alinéa 69(1)b) du *Règlement sur la santé des animaux*, alors que la deuxième intéressera, essentiellement une rupture de contrat concernant l'entente d'accréditation du demandeur. Cependant, il suffit pour qu'il y ait préclusion découlant d'une question déjà tranchée qu'il y ait dans les deux cas une question déterminante pour l'issue de l'affaire qui soit essentiellement pareille dans tous ses aspects importants. Voir *Rasanen c. Rosemount Instruments Ltd.* (1994), 68 O.A.C. 284, aux paragraphes 31, 32, 88, 89. Même si le cadre législatif est différent et pourrait empêcher la préclusion fondée sur la cause d'action, il y a en l'espèce une détermination de fait qui est également applicable aux deux affaires. La question de fait essentielle pour conclure à la responsabilité du demandeur ou de M. Tebrinke est la suivante : la tête PTM découverte à l'usine de Tyson provenait-elle d'un animal faisant partie du lot que le demandeur a certifié et que M. Tebrinke a exporté aux États-Unis? À moins d'une réponse affirmative à cette question, aucun des deux ne peut être tenu responsable : ni M. Tebrinke en vertu du *Règlement sur la santé des animaux*, ni le demandeur en vertu de l'entente qui l'oblige à délivrer des certificats exacts.

La question à laquelle il est le plus difficile de répondre est la troisième, c'est-à-dire s'agit-il dans les deux cas des mêmes parties ou de leurs ayants droit? Je dois d'abord dire qu'à mon avis, ce critère devrait être appliqué avec plus de rigueur à la personne qui doit subir l'effet préjudiciable de la préclusion. En l'espèce, cette partie est la même dans les deux cas et il s'agit de l'ACIA. Certes, dans la présente affaire, la partie qui souhaite invoquer la préclusion n'était pas personnellement partie à la procédure dans l'affaire *Tebrinke*, dans laquelle il a été déterminé que M. Tebrinke n'était pas coupable. Je conclus, cependant, qu'à ces fins, le demandeur et M. Tebrinke étaient des ayants droit. J'estime qu'il faut faire preuve de souplesse lorsqu'on identifie les personnes qui sont des ayants droit à ces fins. Dans leur ouvrage intitulé *Sopinka, Lederman et Bryant, The Law of Evidence in Canada* (Butterworth's, Second Edition, ont dit au paragraphe 19.86 :

[TRADUCTION] Il est impossible d'être catégorique quant à l'étendue de l'intérêt qui crée un lien de droit connexe. D'après la jurisprudence, « il doit y avoir un degré d'identification suffisant entre les deux personnes de manière à ce qu'il soit juste de statuer que la décision à

An authority cited there was the case of *Gleeson v. J. Wippell & Co. Ltd.*, [1977] 3 All E.R. 54 at paragraph 60. This passage from the *Law of Evidence in Canada* was quoted with approval by Justice Binnie in the Supreme Court of Canada in the *Danyluk* case *supra* at paragraph 60. In the case of *Rasanen, supra*, an employee who was terminated initiated proceedings under the *Employment Standards Act* of Ontario for termination pay and also brought an action in the Superior Court for damages for constructive dismissal. Under the *Employment Standards Act* it was ultimately held that he was not entitled to termination pay. In his court action that decision was held to create issue estoppel so he could not prosecute a claim there for termination pay. On appeal, the Ontario Court of Appeal, in affirming the trial judge's decision noted that the parties in the two proceedings were actually different: in the *Employment Standards Act* proceeding the parties were the employer and an Employment Standards officer whereas in the court action the parties were the employee and the employer. Nevertheless, an identity of interest was found between the employee and the Employment Standards officer and they were held to be privies: see particularly paragraphs 34 and 88. Here, the Applicant and Mr. Tebrinke had an identical interest in challenging the allegation that the offending cow had been in the load which the Applicant certified and the grower exported. They had been engaged in a joint enterprise to effect the exportation of authorized cattle. The Applicant gave evidence for Mr. Tebrinke and the chairman of the Tribunal attached considerable weight to his evidence. The CFIA having had the opportunity to prove the identity of the OTM head and having failed to do so in the *Tebrinke* case, should not have the opportunity to relitigate the exact same question of fact even within a different legal setting.

I therefore find that the CFIA is estopped from further proceedings against the Applicant in respect of this particular animal. As it was at liberty to proceed until the decision in the *Tebrinke* case of November 2, 2006 estopped it, I will direct that the suspension issued on April 3, 2006, be terminated as of November 2, 2006 and that all further proceedings as notified to the Applicant by the CFIA's letter of April 3, 2006 in respect of the animal bearing the CCIA ear tag 271 629 357 be terminated.

[43] Thus, in the context of NOC proceedings, in particular this one, it is entirely appropriate to consider whether the resources of the Court and the Minister are

laquelle une des personnes était partie devrait s'appliquer dans la procédure à laquelle l'autre personne est partie ».

Un des précédents cités dans l'ouvrage est la décision *Gleeson c. J. Wippell & Co. Ltd.*, [1977] 3 All E.R. 54, au paragraphe 60. Cet extrait de l'ouvrage intitulé *Law of Evidence in Canada* a été cité et approuvé par le juge Binnie de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Danyluk*, précité, au paragraphe 60. Dans l'arrêt *Rasanen*, précité, un employé ayant été congédié a intenté une action en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario pour recouvrer son indemnité de départ; il a en outre intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé devant la Cour supérieure. Il a finalement été statué en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi* que l'employé n'avait pas droit de réclamer une indemnité de départ. Il a été jugé que cette décision entraînait la préclusion découlant d'une question déjà tranchée de sorte que l'employé ne pouvait pas tenter une action pour réclamer une indemnité de départ. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario, tout en confirmant la décision du juge de première instance, a souligné que, les parties aux deux procédures n'étaient pas les mêmes : dans l'action intentée en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*, les parties étaient l'employeur et un agent du bureau des normes d'emploi, alors que dans l'action devant la Cour supérieure, les parties étaient l'employé et l'employeur. Il a néanmoins été jugé qu'il y avait des intérêts communs entre l'employé et l'agent du bureau des normes d'emploi et qu'ils avaient donc des intérêts connexes : voir, plus particulièrement, les paragraphes 34 et 88. En l'espèce, le demandeur et M. Tebrinke partageaient un intérêt identique, celui de contester l'allégation selon laquelle la vache en cause faisait partie du lot certifié par le demandeur et exporté par l'éleveur. Ils ont tous les deux participé à l'exportation des bovins autorisés. Le demandeur a témoigné pour le compte de M. Tebrinke et le président de la Commission de révision a accordé beaucoup de poids à sa déposition. L'ACIA ayant eu la possibilité de prouver d'où provenait la tête de la vache PTM et n'ayant pas réussi à le faire dans le cadre de l'affaire Tebrinke, elle ne devrait pas avoir la possibilité de soulever la même question de fait, même s'il s'agit d'un cadre juridique différent.

Je conclus donc qu'il est interdit à l'ACIA d'engager de nouvelles procédures contre le demandeur relativement à cet animal précis. Comme l'ACIA a eu la possibilité d'engager de nouvelles procédures jusqu'au moment où la décision a été rendue dans l'affaire *Tebrinke* le 2 novembre 2006, ce qui a entraîné la préclusion, j'ordonnerai l'annulation de la suspension prononcée le 3 avril 2006, à partir du 2 novembre 2006, ainsi que l'arrêt de toutes les autres procédures notifiées au demandeur par l'ACIA par voie d'une lettre datée du 3 avril 2006 concernant l'animal portant l'étiquette numéro 271 629 357.

[43] Ainsi, dans une instance portant sur un avis de conformité, particulièrement dans celle qui nous occupe, il est parfaitement légitime de se demander si une société

being unduly taxed by a generic that raises essentially the same questions as were raised by another generic in previous proceedings, and failed. The Court must be mindful that the generic always has the remedy of a proceeding to challenge the validity of a patent in the usual way. The Court is also mindful that, if a different question is raised as to validity in subsequent proceedings, that question should be considered as it was, for instance, in *Eli Lilly*, previously discussed.

[44] Therefore, where the same issue, validity, is raised, and the same questions in that respect are raised, here “claims broader” and “sound prediction,” this Court will approach those questions having in mind that there was previous litigation in the NOC context and there always remains, free from the constraints of *res judicata*, the alternative for an action where there can be full discovery and observation of witnesses, in person, by the Court.

(2) Claims Broader

[45] The law as to whether validity of a claim in a patent can be challenged for overbreadth has been succinctly and clearly stated by Thurlow J. (as he then was) in *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] Ex. C.R. 91 (affd. [1966] S.C.R. 604), at page 106 in which he said:

There are two fundamental limitations on the extent of the monopoly which an inventor may validly claim. One is that it must not exceed the invention which he has made, the other is that it must not exceed the invention he has described in his specification.

[46] The first limitation is a question of fact, what is the invention that the inventor(s) have made. The second is a question of construction of the disclosure of the patent to determine what it says. In both cases a comparison must then be made of the claims at issue to determine if the “breadth” of the claim exceeds either

générique puise indûment dans les ressources de la Cour et de celles du ministre lorsqu’elle soulève essentiellement les mêmes questions qu’une autre société générique dans une instance antérieure, qui n’avait alors pas obtenu gain de cause. La Cour doit se rappeler à ce sujet que la société générique peut toujours tenter une procédure pour contester de la manière habituelle la validité du brevet. La Cour garde également à l’esprit que, si une question différente devait être posée dans une instance ultérieure quant à la validité, cette question serait alors examinée, comme ce fut le cas, par exemple, dans la décision *Eli Lilly*, dont j’ai déjà traité.

[44] Ainsi lorsque la même question, celle de la validité, est en litige, et que sont évoqués les mêmes éléments, en l’occurrence « les revendications de portée plus large » et « la prédiction valable », la Cour se penchera sur ceux-ci tout en gardant à l’esprit qu’il y a déjà eu une instance portant sur un avis de conformité et qu’on pourra toujours, comme solution de rechange, sans les restrictions du principe de l’autorité de la chose jugée, tenter une action avec pleine communication préalable et possibilité pour la Cour d’observer directement les témoins.

2) Les revendications de plus large portée

[45] La règle de droit établissant si la validité d’une revendication dans un brevet peut être contestée pour portée excessive a été énoncée clairement et succinctement par le juge Thurlow (alors juge de la Cour de l’Échiquier) dans l’arrêt *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] R.C.É. 91 (confirmé par [1966] R.C.S. 604), qui a déclaré ce qui suit à la page 106 :

[TRADUCTION] La portée du monopole auquel peut valablement prétendre l’inventeur est restreinte de deux manières fondamentales. La portée du monopole ne peut excéder celle, premièrement, de l’invention qu’il a faite et, deuxièmement, celle de l’invention tel qu’elle a été décrite dans le mémoire descriptif.

[46] La première restriction constitue une question de fait : quelle invention l’inventeur a-t-il créée? La seconde, une question d’interprétation du brevet afin de discerner ce qui y est dit. Dans les deux cas, une comparaison s’impose avec les revendications en cause afin d’établir si la « portée » de la revendication est ou

what the inventor(s) actually did or what the disclosure actually says. In the event that evidence from the inventor(s) is not available and secondary evidence such as notebooks, memoranda and evidence of colleagues is unavailable or unsatisfactory, it is reasonable to assume that the disclosure of the patent coincides with that which the inventor(s) invented.

[47] Construction of the disclosure of the patent, as well as construction of the claims, is the task of the Court, not experts or the inventor(s). The Court may be informed by experts as to the meaning of words, terms and the science and background that are pertinent, but the Court must be careful not to let the experts supplant the role of the Court. Construction does not become a battle of experts; it is a duty of the Court. As I said in *Eli Lilly* (appeal dismissed as moot, 2007 FCA 359), at paragraphs 103 and 104:

A patent decision should begin with a construction of the patent (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.* [2000] 2 S.C.R. 1067 at paragraph 43). This applies not only to the claims but to the whole of the patent as well when required (*Burton Parsons Chemicals Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Inc.* [1976] 1 S.C.R. 555, at page 563; *Western Electric Co., Inc. et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at page 572).

Construction is a task for the Court alone (*Whirlpool; Burton Parsons*). The role of an expert, if required, is limited to assisting the Court in putting the Court in the position of a person skilled in the art of the relevant time (*Halford v. Seed Hawk Inc.* (2006), 275 D.L.R. (4th) 556 (F.C.A.), at paragraph 11). In *Dableh v. Ontario Hydro* [1996] 3 F.C. 751, at paragraph 33 the Federal Court of Appeal stated what the role of the expert is:

It is a matter of accepted law that the task of constructing a patent's claim lies within the exclusive domain of the trial judge. In strict legal theory it is the role of expert witnesses, that is those skilled in the art, to provide the judge with the technical knowledge necessary to construe a patent as though he or she were so skilled. Where the experts disagree, it is incumbent on the trial judge to make a binding determination. [Endnote omitted.]

non plus large que ce que l'inventeur ou les inventeurs ont véritablement créé ou que ce que prévoit la divulgation. Lorsqu'on ne peut disposer du témoignage du ou des inventeurs et que la preuve secondaire telle que des blocs-notes, des mémoires et le témoignage de collègues ne peut être obtenue ou s'avère insatisfaisante si elle l'est, il est raisonnable de présumer que la divulgation du brevet coïncide avec ce que le ou les inventeurs ont inventé.

[47] C'est à la Cour, non aux experts ou aux inventeurs, qu'il revient d'interpréter la divulgation du brevet ainsi que les revendications. Les experts peuvent éclairer la Cour sur le sens de mots et d'expressions de même que sur certaines questions scientifiques et le contexte pertinent. La Cour doit toutefois veiller à ne pas laisser les experts la supplanter dans son rôle. L'interprétation ne doit pas donner lieu à un combat d'experts; il s'agit plutôt d'une obligation incombant à la Cour. Comme je l'ai déclaré dans *Eli Lilly* (appel rejeté en raison de son caractère théorique, 2007 CAF 359), aux paragraphes 103 et 104 :

Dans une instance relative à un brevet, la première chose à faire est d'interpréter celui-ci (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 43). Cette règle s'applique non seulement aux revendications, mais aussi, s'il y a lieu, à l'ensemble du brevet (*Burton Parsons Chemicals Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Inc.*, [1976] 1 R.C.S. 555, à la page 563; et *Western Electric Co., Inc. et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la page 572).

L'interprétation appartient au seul tribunal (*Whirlpool et Burton Parsons*). Le rôle de l'expert, s'il est besoin d'experts, se limite à aider le tribunal à se mettre à la place de la personne versée dans l'art à l'époque pertinente (*Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2006 CAF 275, au paragraphe 11). La Cour d'appel fédérale a expliqué dans les termes suivants la nature du rôle de l'expert au paragraphe 33 de l'arrêt *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.) :

Il est reconnu en droit que le rôle d'interprétation d'une revendication de brevet appartient exclusivement au juge de première instance. Selon la stricte théorie du droit, les témoins experts, les personnes versées dans l'art, ont pour tâche de fournir au juge la connaissance technique nécessaire pour interpréter un brevet comme s'il était lui-même une personne versée dans l'art. Lorsque les experts ne s'entendent pas, c'est au juge de première instance qu'il appartient de trancher de façon définitive. [Note en fin de texte omise.]

[48] In the earlier proceedings respecting the '330 patent, 2007 FCA 209, the Federal Court of Appeal construed the same claims as are at issue here and, as previously discussed, concluded that a proper construction of those claims meant that all stereoisomers of the compounds were included. The parties in the present proceedings concur with that construction. The Federal Court of Appeal also construed the disclosure (specification). That was their duty as a matter of law. Their conclusion, as expressed by Nadon J.A. for the Court, was summarized at paragraphs 126 and 127 of the reasons:

On the basis of the evidence before the Court, however, Pfizer's invention can be described as covering all stereoisomers of quinapril. The state of the art is to the effect that all stereoisomers were within the inventor's contemplation, as revealed by the use of a Markish [*sic*] formula and the fact that patents for other ACE inhibitors claimed and disclosed all stereoisomers. The wording of the claims and the expert evidence suggest that all stereoisomers of quinapril are claimed in the patent. In fact, the Trial Judge, in her introduction on the '330 patent, says that "... [t]he compounds have three chiral centres and all the stereoisomers sharing this common structure, that is both the S- and R-configurations stereoisomers, are within the scope of the claims" (Reasons of Heneghan J., para. 9).

In my view, a person skilled in the art would read the two paragraphs from the disclosure which I have reproduced at paragraph 120 of these Reasons as disclosing that the invention includes all stereoisomers. The skilled reader would be persuaded particularly by the clear statement in the second paragraph that "... all optical isomers and diastereo isomers and mixtures thereof are within the scope of this invention". Accordingly, in my view, a skilled reader would therefore understand that claims 3 and 5, although silent as to stereo configuration, include all stereoisomers. Thus, given that the invention clearly covers all stereoisomers and that the patent claims all stereoisomers, the patent cannot be described as claiming more than what was invented.

[49] Novopharm's counsel argues that two things are raised in the present proceedings that were not raised in the earlier. One is that, as a matter of law, the Federal Court of Appeal erred in referring to other patents for the purpose of construing the '330 patent. This says Novopharm's counsel is reflected in the statement in paragraph 126, above:

[48] Dans l'instance antérieure relative au brevet '330 (2007 CAF 209), la Cour d'appel fédérale a interprété les mêmes revendications que celles en cause en l'espèce et, comme je l'ai déjà dit, elle a conclu qu'il faut les interpréter comme englobant tous les stéréo-isomères des composés. Les parties à la présente instance sont d'accord avec cette interprétation. La Cour d'appel fédérale a en outre interprété la divulgation (le mémoire descriptif). Elle en avait l'obligation du point de vue juridique. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Nadon a conclu comme suit, tel que le résumant les paragraphes 126 et 127 :

Toutefois, compte tenu de la preuve soumise à la Cour, l'invention de Pfizer peut être décrite comme englobant tous les stéréo-isomères du quinapril. D'après l'état de la technique, tous les stéréo-isomères étaient envisagés par l'inventeur, comme l'ont démontré l'emploi d'une formule de Markish et le fait que les brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA revendiquaient et divulguaient tous les stéréo-isomères. Le libellé des revendications et la preuve d'expert semblent indiquer que tous les stéréo-isomères du quinapril sont revendiqués dans le brevet. En fait, la juge de première instance, dans son introduction concernant le brevet '330, écrit que « [...] [l]es composés ont trois centres chiraux et tous les stéréo-isomères qui partagent cette même structure, c'est-à-dire les stéréo-isomères à la fois de configurations S et R sont visés par les revendications » (motifs de la juge Heneghan, paragraphe 9).

À mon avis, une personne versée dans l'art lirait les deux paragraphes de la divulgation que j'ai reproduits au paragraphe 120 des présents motifs comme divulguant que l'invention inclut tous les stéréo-isomères. Le lecteur versé dans l'art serait convaincu, en particulier en raison de l'affirmation claire dans le deuxième paragraphe, que [TRADUCTION] « [...] tous les isomères optiques et les diastéréo-isomères et leurs mélanges sont visés par cette invention ». En conséquence, un lecteur versé dans l'art comprendrait, selon moi, que les revendications 3 et 5, bien qu'elles ne parlent pas de la configuration stéréochimique, incluent tous les stéréo-isomères. Ainsi, étant donné que l'invention englobe clairement tous les stéréo-isomères et que le brevet revendique tous les stéréo-isomères, on ne peut dire que le brevet revendique davantage que ce qui a été inventé.

[49] Les avocats de Novopharm soutiennent que deux éléments évoqués en l'espèce ne l'étaient pas dans l'instance antérieure. Le premier est que, du point de vue juridique, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en faisant référence à d'autres brevets pour interpréter le brevet '330. Selon les avocats de Novopharm, le passage suivant du paragraphe 126, précité, permet de le constater :

... and the fact that patents for other ACE inhibitors claimed and disclosed all stereoisomers.

[50] It is quite correct to say that a patent cannot be construed with respect to extrinsic evidence (see e.g. *Whirlpool Corp.*, at paragraph 49, No. f). It is also correct for the Court to put itself in a position to consider the context and use to which words in the patent are put (e.g. *Whirlpool*, at paragraph 49, No. d). While it is not entirely clear how the Federal Court of Appeal treated the “other ACE patents,” whatever they may be, it is sufficient, in the context of NOC proceedings, to conclude that a higher Court than this one did consider the issue of construction of the patent and made a reasoned determination.

[51] The second matter raised by Novopharm in this context is that of evidence and, in particular, the evidence from the inventors themselves which goes to the second branch of the test as stated by Thurlow J. in *Farbwerke Hoechst*, namely, do the claims exceed what the inventors actually invented. The named inventors of the '330 patent are Milton L. Hoefle and Sylvester Klutchko. Both filed affidavits as fact witnesses in the present proceedings and both were cross-examined. In addition, Dr. Clifton Blankley, a chemist who handwrote the first draft of what ultimately became the '330 patent filed an affidavit in the present proceedings and was cross-examined. He was not a lawyer or patent agent. He testified as a fact witness.

[52] Justice Heneghan, the trial Judge in the earlier proceedings respecting the '330 patent, 2005 FC 1205, at paragraphs 18 to 43 carefully listed the witnesses in the proceeding before her including whether they were cross-examined. She indicated at paragraph 22 that both Hoefle and Klutchko filed affidavits but did not say that they were cross-examined. Given that she was careful to say when other witnesses were cross-examined it is reasonable to conclude that neither Hoefle nor Klutchko were cross-examined in the earlier proceeding. Heneghan J., states at paragraph 21, that Blankley filed an affidavit and was cross-examined.

[...] et le fait que les brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA revendiquaient et divulguaient tous les stéréo-isomères.

[50] Il est bien exact de dire qu'on ne peut interpréter un brevet au regard d'une preuve extrinsèque (se reporter, par ex., à *Whirlpool Corp.*, au paragraphe 49, n° f). Il convient également à la Cour de tenir compte du contexte des mots énoncés dans le brevet et du sens qui leur est donné (par ex., *Whirlpool*, précité, au paragraphe 49, n° d). Bien qu'on ne puisse parfaitement discerner l'incidence véritable pour la Cour d'appel de l'existence d'autres « brevets délivrés à l'égard d'autres inhibiteurs de l'ECA », quels qu'ils puissent être, il suffit pour la Cour, dans le cadre d'une instance portant sur un avis de conformité, de conclure qu'une cour supérieure a bien examiné la question de l'interprétation du brevet et tiré une conclusion motivée.

[51] Le second élément qui, selon Novopharm est aussi évoqué pour la première fois en l'espèce, a trait à la preuve, et en particulier au témoignage des inventeurs eux-mêmes, quant au second volet du critère énoncé par le juge Thurlow dans l'arrêt *Farbwerke Hoechst*, soit la question de savoir si les revendications ont une plus large portée que ce que les inventeurs ont véritablement inventé. Les inventeurs désignés du brevet '330 sont Milton L. Hoefle et Sylvester Klutchko. Les deux inventeurs ont déposé des affidavits à titre de témoins des faits dans le cadre de la présente instance, et tous deux ont été contre-interrogés. Le D^r Clifton Blankley, le chimiste qui a rédigé de sa main la première ébauche de l'éventuel brevet '330, a également déposé un affidavit en l'instance et été contre-interrogé. Le D^r Blankley n'est ni un avocat ni un agent de brevets; il a témoigné à titre de témoin des faits.

[52] La juge Heneghan, juge de première instance dans la procédure antérieure relative au brevet '330 (2005 CF 1205, aux paragraphes 18 à 43) a dressé avec soin la liste des témoins lors de l'instance dont elle était saisie et a notamment précisé s'ils avaient été contre-interrogés. Elle a mentionné au paragraphe 22 que tant M. Hoefle que M. Klutchko avaient déposé des affidavits, mais pas qu'ils avaient été contre-interrogés. Comme elle avait pris soin de le préciser lorsque d'autres témoins avaient été contre-interrogés, il est raisonnable de conclure que ni M. Hoefle ni M. Klutchko n'ont été contre-interrogés lors de l'instance antérieure. La juge Heneghan a déclaré

[53] Novopharm's counsel in the present proceeding submits that there is "better evidence" here than in the earlier proceeding. That "better evidence" is in the cross-examination of Hoefle which, Novopharm's counsel asserts, indicates that the invention worked only with compounds in the S,S,S configuration and not with all eight possible stereoisomers. Thus, it is argued, the claimed invention, namely all stereoisomers, is broader than the inventors actually made, namely only the S,S,S stereoisomer. Indicative of some of the cross-examination of Hoefle is that found at pages 38 to 40 of the transcript (pages 567-569 of the application record):

Q. And you say in the sentence that begins five lines in, this was part of the appreciation that there was a class of compounds with a common utility, the invention that eventually got incorporated into the '330 patent. Do you see that?

A. Yes.

Q. And again, these aren't your words, but what was the class of compounds with common utility you're referring to here?

A. We're referring to the Merck derivatives of the tetrahydroisoquinoline. In other words, we were only interested in one compound, and that was the tetrahydroisoquinoline derivative. And there are others like the substituted dimatoxies [*sic*] that we looked at, but we didn't see any, you know, advantage in them.

Q. Right.

A. — those were the compounds that were made at that point in time, that we knew.

Q. And those —

A. And that's what were included in the patent.

Q. And that's what you were interested in?

A. Yes.

Q. And that included only compounds with the THIQ moiety in the S configuration, correct?

au paragraphe 21 que le D^r Blankley avait déposé un affidavit et été contre-interrogé.

[53] Les avocats de Novopharm dans la présente instance soutiennent qu'on dispose en l'espèce de « meilleurs éléments de preuve » que lors de l'instance antérieure, soit le contre-interrogatoire de M. Hoefle, qui révèle que l'invention fonctionnait uniquement avec des composés de la configuration S,S,S et non pas les huit stéréo-isomères possibles. Ainsi, selon les avocats de Novopharm, l'invention revendiquée, visant l'ensemble des stéréo-isomères, est de plus large portée que ce que les inventeurs ont véritablement inventé, à savoir le seul stéréo-isomère S,S,S. Des extraits révélateurs du contre-interrogatoire de M. Hoefle figurent aux pages 38 à 40 de la transcription (les pages 567 à 569 du dossier de la demande) :

[TRADUCTION]

Q. Et vous dites à la phrase qui commence à la cinquième ligne du haut que l'on a notamment établi qu'il y avait une classe de composés ayant une utilité commune, c'est-à-dire l'invention ayant fait par la suite l'objet du brevet '330. Le voyez-vous?

R. Oui.

Q. Encore une fois, je sais que ces mots ne sont pas de vous, mais à quelle classe de composés ayant une utilité commune faites-vous ici allusion?

R. Nous faisons allusion aux dérivés de la tétrahydroisoquinoline de Merck. En d'autres termes, nous n'étions intéressés qu'à un composé, soit le dérivé de la tétrahydroisoquinoline. Nous en avons examiné d'autres, comme les diméthoxys substitués, mais, vous savez, nous n'y avons vu aucun avantage.

Q. Bien.

R. — ce sont là les composés faits à ce moment-là et dont nous avons connaissance.

Q. Et ces —

R. C'est ce qui était inclus dans le brevet.

Q. Et c'est ça qui vous intéressait?

R. Oui.

Q. Et cela incluait uniquement les composés avec le noyau THIQ de configuration S, est-ce exact?

A. Of the compounds we made, that is a correct statement. How the patent is written, I'm not sure. I mean the—you know.

R. Pour ce qui est des composés que nous avons fait, cet énoncé est exact. Pour ce qui est de la façon dont le brevet est rédigé, je ne suis pas certain. Je veux dire le — vous savez.

Q. Your invention wasn't a THIQ in the R configuration, was it?

Q. Votre invention n'était pas un THIQ de configuration R, c'est bien ça?

A. No. We were — our invention was the Merck analogue. As far as we knew, that was the S,S,S, all the way through.

R. Non, ce n'en était pas un. Nous étions — notre invention était l'analogue de Merck. Autant que nous le sachions, c'était le S,S,S de bout en bout.

Q. Because that's what you thought was required for activity, correct?

Q. Parce que c'est ce que vous jugiez nécessaire pour l'activité, exact?

A. Correct.

R. Exact.

[54] Pfizer's counsel on the other hand argues that Hoefle's evidence must be read in its entirety whereby a different picture would emerge, namely that while work proceeded with the S,S,S, compounds, more than just that was conceived by the inventors. Typical of the portions indicated by Pfizer's counsel is the answer given by Hoefle in cross-examination at pages 24 and 25 of the transcript (pages 553 and 554 of the application record):

[54] Les avocats de Pfizer, pour leur part, soutiennent qu'il faut examiner le témoignage de M. Hoefle dans son ensemble, et qu'un tableau différent s'en dégage alors, à savoir que, pendant que les inventeurs travaillaient aux composés S,S,S, ils concevaient également d'autres éléments. À titre d'exemple typique des passages cités par les avocats de Pfizer, il y a la réponse donnée par M. Hoefle lors de son contre-interrogatoire et figurant aux pages 24 et 25 de la transcription (pages 553 et 554 du dossier de la demande) :

[TRADUCTION]

Q. Okay. In paragraph 17, seven lines down, there's a sentence that begins, thus. Do you see that?

Q. Ça va. Au paragraphe 17, à la septième ligne du bas, il y a une phrase qui commence par « Ainsi ». Vous la voyez?

A. Got it.

R. Je l'ai.

Q. Thus, it was my understanding that the novel compound which Mr. Klutchko and I had conceived would also have an S configuration at each of its three chiral centers. Do you see that?

Q. Ainsi, je croyais comprendre que le nouveau composé que M. Klutchko et moi-même avions conçu aurait aussi une configuration S à chacun de ses trois centres chiraux. Vous voyez cela?

A. Yes.

R. Oui.

Q. And that's correct?

Q. Et c'est exact?

A. Yes.

R. Oui.

Q. That was the compound you had conceived, correct?

Q. C'était le composé que vous aviez conçu, est-ce exact?

A. Well, actually we had conceived more than that. The point is that it was our best educated guess based on prior history and the literature that the most active compound in this series would be the one that had the S,S,S, configuration.

R. Bien, en fait nous avions conçu plus que cela. Ce qui importe, c'est que nous pouvions supposer de manière éclairée, en fonction des antécédents et des publications sur le sujet, que le composé le plus actif de cette série serait celui ayant la configuration S,S,S.

[55] The evidence of Hoefle is not conclusive as to what it was exactly that the inventors had invented,

[55] Le témoignage de M. Hoefle n'est pas concluant quant à savoir ce que les inventeurs ont précisément

whether just the S,S,S stereoisomer or all eight stereoisomers. It would be far preferable to observe Hoefle as a witness at trial than to make a conclusion based on evidence that, arguably, could be interpreted one way or the other. It cannot be said that this evidence is truly “better” in the NOC proceeding context, than that which the courts gave consideration in the earlier proceeding.

[56] The other named inventor Klutchko, was not examined in this area. If Novopharm believed that it was important to do so in order to achieve “better” evidence, it should have done so. It didn’t. The evidence of Blankley in these proceedings does not assist in resolving this question.

[57] Thus there is no “better evidence” in this proceeding such that this Court should revisit the finding of the Federal Court of Appeal in the earlier proceeding. As previously discussed, this Court will not disturb in the NOC context, the legal findings of the Federal Court of Appeal.

[58] Therefore, on the “claims broader” question, there is no basis for revisiting the conclusion reached in the earlier proceeding by the Federal Court of Appeal, which was that the attack on the validity of the claims asserted of the '330 patent is not justified within the context of the NOC Regulations. There is no need to address the detailed list of matters raised as issues by the parties other than or has been done here.

(3) Sound Prediction

[59] The question of sound prediction was considered by the Federal Court of Appeal in the earlier proceeding under the caption “Lack of Utility” at paragraphs 150 to 154 of its reasons, 2007 FCA 209. It said:

Although Heneghan J. found that Pfizer had not demonstrated utility at the date of invention, she nevertheless found that the patent was valid because of the doctrine of sound prediction.

Apotex argues that Heneghan J. was wrong to conclude that the utility of the compounds claimed in the '330 patent was soundly predicted at the relevant time of October 3, 1980 (the

inventé, soit le seul stéréo-isomère S,S,S, soit les huit stéréo-isomères. Il serait de loin préférable d’observer M. Hoefle pendant qu’il témoigne en cour plutôt que de tirer une conclusion en fonction d’une déposition qui, peut-on soutenir, pourrait être interprétée de l’une ou l’autre manière. On ne peut ainsi dire que cet élément de preuve en est véritablement un « meilleur » présenté dans le cadre de l’instance portant sur un avis de conformité que ne l’était la preuve prise en compte par les cours dans l’instance antérieure.

[56] Le seul autre inventeur désigné, M. Klutchko, n’a pas été interrogé à ce sujet. Si Novopharm avait estimé important de le faire pour en arriver à un « meilleur » élément de preuve, elle aurait dû interroger M. Klutchko en ce sens. Elle ne l’a pas fait. Le témoignage présenté par le D^r Blankley en l’espèce n’aide pas à régler cette question.

[57] En conséquence, on ne dispose pas en l’instance d’un meilleur « élément de preuve » faisant en sorte qu’il soit indiqué pour la Cour de réexaminer la conclusion de la Cour d’appel fédérale dans l’instance antérieure. Comme je l’ai dit, la Cour ne modifiera pas, dans le cadre de l’instance sur l’avis de conformité, les conclusions de droit de la Cour d’appel fédérale.

[58] Par conséquent, pour ce qui est de la question des « revendications de plus large portée », rien ne permet de réexaminer la conclusion tirée par la Cour d’appel fédérale, soit qu’il n’y a pas de fondement permettant de contester la validité des revendications du brevet '330 eu égard au Règlement AC. Il ne sera donc pas nécessaire de se pencher sur la liste détaillée de questions soulevées par les parties, outre celles que la Cour a ici examinées.

3) La prédiction valable

[59] La Cour d’appel fédérale a examiné la question de la prévision valable dans l’instance antérieure, aux paragraphes 150 à 154 de sa décision (2007 CAF 209), sous la rubrique intitulée « Absence d’utilité » :

Bien que la juge Heneghan ait conclu que Pfizer n’avait pas démontré l’utilité à la date de l’invention, elle a néanmoins conclu que le brevet était valide en raison de la règle de la prédiction valable.

Apotex fait valoir que la juge Heneghan s’est trompée lorsqu’elle a conclu que l’utilité des composés revendiqués dans le brevet '330 avait été valablement prédite à la date

priority date). In its view, because there was no evidence that any of the claimed compounds had been tested as of that date, the prediction of utility was unsound. I cannot agree.

In support of its argument that some testing is required before the utility of an invention will be found to be sound, Apotex points to the decision of the Federal Court in *Apotex v. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 145 F.T.R. 161. However, on appeal, the Supreme Court (at [2002] 4 S.C.R. 153) took a different view of the doctrine of sound prediction. In its view, in order for a prediction to be sound, "... there must be a factual basis for the prediction" (at paragraph 70). Although in two earlier Supreme Court decisions, "... the factual basis was supplied by the tested compounds," the Supreme Court in *Apotex, supra* was satisfied that "other factual underpinnings, depending on the nature of the invention, may suffice" (at paragraph 70). Accordingly, testing is not an absolute requirement for a patent based on sound prediction. Moreover, in a case such as the one before us where there is considerable data about the utility of related compounds such as captopril, enalapril and the Tanabe compound, there was evidence on which Heneghan J. could find that there was a factual basis to predict the utility of the invention disclosed in the '330 patent.

In any event, Pfizer points, correctly in my view, to this Court's recent decision in *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2006] F.C.J. No. 208, 2006 FCA 64, which held that the relevant date for assessing the soundness of a prediction was the Canadian filing date, in this case, September 30, 1981. Contrary to Apotex's NOA and to Heneghan J.'s finding, the relevant date is not the priority date which, in this case, is October 3, 1980. Further, in its NOA of July 24, 2003, Apotex refers to testing of quinapril that showed the compound reduced blood pressure in rats. The results of those tests were received on December 8, 1980, well before the Canadian filing date. Accordingly, even if some testing were required to establish a sound prediction, such testing was conducted in this case.

The issue of sound prediction is a mixed question of fact and law, in respect of which there was evidence in the record. In particular, Dr. Wasley and Dr. Anderson testified that a person of ordinary skill would have a sound basis to predict that all compounds claimed would have utility, on the basis of the captopril patents, enalapril disclosure and application, Tanabe patent and the inventor's knowledge regarding certain other compounds. It cannot be said that in concluding as she did, that the Judge made an overriding and palpable error.

[60] Novopharm's counsel argues that the Federal Court of Appeal erred in law in asking the wrong

pertinente du 3 octobre 1980 (la date de priorité). D'après Apotex, comme il n'existait pas d'éléments de preuve établissant que l'un ou l'autre des composés revendiqués avaient été testés à cette date, la prédiction d'utilité n'était pas valable. Je ne puis accepter cet argument.

Pour étayer son argument selon lequel quelques tests doivent être effectués avant de conclure à la validité de l'utilité d'une invention, Apotex invoque la décision rendue par la Cour fédérale dans l'affaire *Apotex c. Wellcome Foundation Ltd.* (1998), 145 F.T.R. 161. Toutefois, en appel, la Cour suprême (dans [2002] 4 R.C.S. 153) a interprété différemment la règle de la prédiction valable. À son avis, pour qu'une prédiction soit valable, « [...] la prédiction doit avoir un fondement factuel » (paragraphe 70). Bien que dans deux arrêts antérieurs de la Cour suprême « [...] les composés testés constituaient le fondement factuel », dans l'arrêt *Apotex*, précité, la Cour suprême a estimé que « d'autres faits peuvent suffire selon la nature de l'invention » (paragraphe 70). En conséquence, le test n'est pas une exigence absolue pour un brevet fondé sur la prédiction valable. En outre, dans une affaire comme celle dont est saisie la Cour où il existe d'abondantes données sur l'utilité de composés connexes tels que le captopril, l'énalapril et le composé de Tanabe, il existait des éléments de preuve sur lesquels la juge pouvait se fonder pour conclure qu'il y avait un fondement factuel pour prédire l'utilité de l'invention divulguée dans le brevet '330.

En tout cas, Pfizer invoque, avec raison à mon avis, l'arrêt récent *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 64, où la Cour a statué que la date pertinente pour évaluer la validité d'une prédiction était la date de dépôt au Canada, soit le 30 septembre 1981 dans cette affaire. Contrairement à l'avis d'allégation d'Apotex et à la conclusion de la juge Heneghan, la date pertinente n'est pas la date de priorité qui, en l'espèce, est le 3 octobre 1980. En outre, dans son avis d'allégation daté du 24 juillet 2003, Apotex mentionne des tests de quinapril qui ont démontré que le composé baissait la pression artérielle chez les rats. Les résultats de ces tests ont été reçus le 8 septembre 1980, bien avant la date du dépôt au Canada. Par conséquent, même si quelques tests étaient requis pour établir une prédiction valable, ces tests ont été effectués dans la présente affaire.

La question de la prédiction valable est une question mixte de fait et de droit à l'égard de laquelle des éléments de preuves ont été présentés. En particulier, M. Wasley et M. Anderson ont témoigné qu'une personne douée d'habiletés moyennes dans l'art aurait un fondement valable pour prédire que tous les composés revendiqués auraient une utilité en raison des brevets sur le captopril, de la divulgation et de l'application de l'énalapril, du brevet de Tanabe et des connaissances de l'inventeur sur certains autres composés. On ne peut pas dire que la juge a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a tiré sa conclusion à cet égard.

[60] Selon les avocats de Novopharm, la Cour d'appel fédérale a commis une erreur de droit en posant la

question. Counsel argues that the Court of Appeal incorrectly considered whether a “skilled person” such as Wasley or Anderson would have had a sound basis to predict the utility of all stereoisomers. The proper question, counsel argues, is whether its inventors themselves, as a factual matter, had a sound basis to make such a prediction.

[61] All parties agree that what is called the *AZT* decision of the Supreme Court of Canada (*Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153) is the appropriate authority to consider in respect of “sound prediction.” A later question has arisen as to what date is appropriate for considering whether a sound prediction could have been made, the priority date or the Canadian filing date. In the present proceeding it is unnecessary to resolve that debate since whether it is one date or the other the evidence is the same.

[62] The *AZT* case, particularly at paragraph 70, provided a three-part test for considering sound prediction: (1) a factual basis for prediction; (2) the inventors must have an articulable and sound line of reasoning; and (3) there must be proper disclosure. More particularly, Binnie J. for the Court, said at paragraph 70:

The doctrine of sound prediction has three components. Firstly, as here, there must be a factual basis for the prediction. In *Monsanto* and *Burton Parsons*, the factual basis was supplied by the tested compounds, but other factual underpinnings, depending on the nature of the invention, may suffice. Secondly, the inventor must have at the date of the patent application an articulable and “sound” line of reasoning from which the desired result can be inferred from the factual basis. In *Monsanto* and *Burton Parsons*, the line of reasoning was grounded in the known “architecture of chemical compounds” (*Monsanto*, at p. 1119), but other lines of reasoning, again depending on the subject matter, may be legitimate. Thirdly, there must be proper disclosure. Normally, it is sufficient if the specification provides a full, clear and exact description of the nature of the invention and the manner in which it can be practised: H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed. 1969), at p. 167. It is generally not necessary for an inventor to provide a theory of *why* the invention works. Practical readers merely want to know that it does work and how to work it. In this sort of case, however, the sound prediction is to some extent the *quid pro quo* the applicant offers in exchange for the

mauvaise question. Ils soutiennent que c’est à tort que la Cour d’appel a déterminé si une « personne versée dans l’art » comme M. Wasley ou M. Anderson aurait eu un fondement valable pour prédire que tous les stéréo-isomères auraient une utilité. La question qu’il convenait plutôt d’examiner selon ces avocats, c’est si, comme question de fait, les inventeurs eux-mêmes disposaient d’un fondement factuel valable pour faire une telle prédiction.

[61] Toutes les parties s’entendent pour dire que la décision *AZT* de la Cour suprême du Canada (*Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153) est celle qui fait autorité en matière de « prédiction valable ». Une question a plus tard été soulevée, quant à savoir à quelle date il convient d’examiner si une prédiction valable aurait pu être faite : la date de priorité ou la date de dépôt au Canada. Il n’est pas nécessaire de trancher ce débat en l’espèce, puisque la preuve est alors la même, que l’une ou l’autre date soit à privilégier.

[62] Dans l’affaire *AZT*, la Cour suprême a énoncé, particulièrement au paragraphe 70, un critère tripartite à utiliser pour examiner la question de la prédiction valable : 1) un fondement factuel pour la prédiction, 2) un raisonnement clair et « valable » des inventeurs et 3) une divulgation suffisante. Plus précisément, le juge Binnie, s’exprimant au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit, au paragraphe 70 :

La règle de la prédiction valable comporte trois éléments. Premièrement, comme c’est le cas en l’espèce, la prédiction doit avoir un fondement factuel. Dans les arrêts *Monsanto* et *Burton Parsons*, les composés testés constituaient le fondement factuel, mais d’autres faits peuvent suffire selon la nature de l’invention. Deuxièmement, à la date de la demande de brevet, l’inventeur doit avoir un raisonnement clair et « valable » qui permette d’inférer du fondement factuel le résultat souhaité. Dans les arrêts *Monsanto* et *Burton Parsons*, le raisonnement reposait sur la connaissance de l’« architecture des composés chimiques » (*Monsanto*, p. 1119), mais là encore, d’autres raisonnements peuvent être légitimes selon l’objet de l’invention. Troisièmement, il doit y avoir divulgation suffisante. Normalement, la divulgation est suffisante si le mémoire descriptif explique d’une manière complète, claire et exacte la nature de l’invention et la façon de la mettre en pratique : H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd. 1969), p. 167. En général, il n’est pas nécessaire que l’inventeur fournisse une explication théorique de la *raison pour laquelle* l’invention fonctionne. Le lecteur pragmatique est uniquement intéressé de savoir que l’invention fonctionne et comment la mettre en

patent monopoly. Precise disclosure requirements in this regard do not arise for decision in this case because both the underlying facts (the test data) and the line of reasoning (the chain terminator effect) were in fact disclosed, and disclosure in this respect did not become an issue between the parties. I therefore say no more about it.

[63] It is important to remember the context in which the *AZT* case arose. The patent was directed to a new use of an old compound. The question as to sound prediction was whether, as of the relevant date, the inventor had a proper basis for making a sound prediction as to that new use. Binnie J. said, at paragraph 52:

It is important to reiterate that the only contribution made by Glaxo/Wellcome in the case of AZT was to identify a new use. The compound itself was not novel. Its chemical composition had been described 20 years earlier by Dr. Jerome Horwitz. Glaxo/Wellcome claimed a hitherto unrecognized utility but if it had not established such utility by tests or sound prediction at the time it applied for its patent, then it was offering nothing to the public but wishful thinking in exchange for locking up potentially valuable research turf for (then) 17 years. As Jackett C.J. observed in *Procter & Gamble Co. v. Bristol-Myers Canada Ltd.* (1979), 42 C.P.R. (2d) 33 (F.C.A.), at p. 39:

By definition an “invention” includes a “new and useful process”. A “new” process is not an invention unless it is “useful” in some practical sense. Knowing a new process without knowing its utility is not in my view knowledge of an “invention”.

[64] The factual basis for the determination as to sound prediction was addressed by Binnie J., at paragraphs 65 and 69:

However, where, as here, the trial judge accepts on the evidence that the inventors *could* in fact make a sound prediction that an old compound (AZT) offers a hitherto unexpected utility in the treatment and prophylaxis of HIV/AIDS, then (and only then) does their disclosure of “the invention” offer real consideration for the monopoly benefits they seek.

pratique. Dans ce type d'affaire, toutefois, la prédiction valable est, jusqu'à un certain point, la contrepartie que le demandeur offre pour le monopole conféré par le brevet. Il n'y a pas lieu en l'espèce de se prononcer sur la divulgation particulière requise à ce sujet, parce que les faits sous-jacents (les données résultant des tests) et le raisonnement (l'effet bloquant sur l'élongation de la chaîne) étaient effectivement divulgués et que cette divulgation n'est pas devenue un sujet de controverse entre les parties. En conséquence, je ne m'y attarderai pas davantage.

[63] Il importe de se rappeler dans quel contexte est survenue l'affaire *AZT*. Le brevet avait trait à une nouvelle utilisation d'un composé déjà connu. La question se posant quant à la prédiction valable était de savoir si, à la date pertinente, un fondement approprié permettait à l'inventeur de faire une prédiction valable relativement à cette nouvelle utilisation. À cet égard, le juge Binnie a déclaré ce qui suit, au paragraphe 52 :

Il est important de rappeler qu'en ce qui concerne l'AZT la seule contribution de Glaxo/Wellcome a consisté à en découvrir une nouvelle utilisation. Le composé lui-même n'était pas nouveau. Le D^r Jerome Horwitz en avait décrit la composition chimique 20 ans plus tôt. Glaxo/Wellcome revendiquait une utilité jusqu'alors inconnue, mais si elle n'avait pas démontré cette utilité par des essais ou une prédiction valable au moment de la demande de brevet, elle n'aurait rien eu d'autre à offrir à la population que des vœux pieux en échange de la monopolisation, pendant une période de 17 ans (à l'époque), d'un secteur de recherche susceptible de devenir profitable. Comme l'a fait observer le juge en chef Jackett dans l'arrêt *Procter & Gamble Co. c. Bristol-Myers Canada Ltd.*, [1979] A.C.F. n° 405 (QL) (C.A.), par. 16 :

Par définition une « invention » comprend un « procédé présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Un nouveau procédé ne constitue pas une invention, à moins qu'il ne soit utile au sens pratique. À mon avis, ce n'est pas connaître une « invention », que de connaître un procédé sans connaître son utilité.

[64] Le juge Binnie a également traité du fondement factuel d'une conclusion de prédiction valable, aux paragraphes 65 et 69 :

Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge de première instance reconnaît, à la lumière de la preuve, que les inventeurs *pouvaient*, en réalité, prédire valablement qu'un composé déjà connu (l'AZT) aurait une utilité jusqu'alors inattendue dans le traitement et la prophylaxie du VIH/sida, leur divulgation de « l'invention » constitue alors (et alors seulement) une véritable contrepartie pour les avantages monopolistiques qu'ils sollicitent.

With respect, I think Parliament intended to get something more than speculation in exchange for the grant of a patent monopoly (a point which is further discussed below). On the other hand, I do not think, with respect, that the doctrine of sound prediction is limited to the narrow ambit ascribed to it by the trial judge. Once it is accepted that in appropriate circumstances utility can be predicted in advance of complete testing (whether of untested chemical compounds or otherwise), there seems no reason in principle why the doctrine should not be applied more generally, depending, of course, on the expert evidence. There is no doubt that care must be taken that the doctrine is not abused, and that sound prediction is not diluted to include a lucky guess or mere speculation. The public is entitled to obtain a solid teaching in exchange for the patent rights.

[65] Each case will turn on its facts as Binnie J. stated at paragraph 71:

It bears repetition that the soundness (or otherwise) of the prediction is a question of fact. Evidence must be led about what was known or not known at the priority date, as was done here. Each case will turn on the particularities of the discipline to which it relates. In this case, the findings of fact necessary for the application of “sound prediction” were made and the appellants have not, in my view, demonstrated any overriding or palpable error.

[66] The Federal Court of Appeal in the earlier '330 patent NOC proceedings did not address itself to the wrong question. To repeat paragraph 154 of their decision (2007 FCA 209):

The issue of sound prediction is a mixed question of fact and law, in respect of which there was evidence in the record. In particular, Dr. Wasley and Dr. Anderson testified that a person of ordinary skill would have a sound basis to predict that all compounds claimed would have utility, on the basis of the captopril patents, enalapril disclosure and application, Tanabe patent and the inventor’s knowledge regarding certain other compounds. It cannot be said that in concluding as she did, that the Judge made an overriding and palpable error.

[67] The question is one of mixed fact and law. The Court of Appeal considered the “inventor’s knowledge regarding certain other compounds” as well as the knowledge that would have been possessed by persons of ordinary skill. There is no error of law such that this Court, in the context of an NOC proceeding, should not follow the conclusion reached by the Federal Court of

En toute déférence, j’estime que le législateur a voulu obtenir plus que des spéculations en échange du monopole que confère un brevet (question qui sera approfondie plus loin). Par ailleurs, je ne crois pas, en toute déférence, que la règle de la prédiction valable ait seulement la portée étroite que lui a attribuée le juge de première instance. Dès qu’on reconnaît que, dans des circonstances appropriées, il est possible de prédire l’utilité avant d’avoir effectué des tests complets (sur des composés chimiques ou d’autres composés non testés), il semble n’y avoir, en principe, aucune raison de ne pas appliquer la règle de façon plus générale, compte tenu évidemment de la preuve d’expert. Il n’y a pas de doute qu’il faut se garder d’appliquer la règle de la prédiction valable de manière abusive et de la diluer au point d’inclure les vœux pieux ou les simples spéculations. La population a droit à un solide enseignement en contrepartie des droits conférés par un brevet.

[65] Chaque affaire est fonction des faits d’espèce, comme l’a déclaré le juge Binnie au paragraphe 71 :

Il vaut la peine de répéter que la question de savoir si la prédiction est valable est une question de fait. Il faut présenter, comme on l’a fait en l’espèce, une preuve de ce qui était connu ou inconnu à la date de priorité. Tout dépendra, dans chaque cas, des particularités de la discipline en cause. En l’espèce, les conclusions de fait nécessaires à l’application de la règle de la « prédiction valable » ont été tirées et j’estime que les appelantes n’ont pas démontré l’existence d’une erreur dominante ou manifeste.

[66] À cet égard, la Cour d’appel fédérale ne s’est pas penchée sur la mauvaise question dans l’instance antérieure relative au brevet '330 (se reporter au paragraphe 154 de la décision (2007 CAF 209) :

La question de la prédiction valable est une question mixte de fait et de droit à l’égard de laquelle des éléments de preuves ont été présentés. En particulier, M. Wasley et M. Anderson ont témoigné qu’une personne douée d’habiletés moyennes dans l’art aurait un fondement valable pour prédire que tous les composés revendiqués auraient une utilité en raison des brevets sur le captopril, de la divulgation et de l’application de l’énalapril, du brevet de Tanabe et des connaissances de l’inventeur sur certains autres composés. On ne peut pas dire que la juge a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu’elle a tiré sa conclusion à cet égard.

[67] La question de la prédiction valable est une question mixte de fait et de droit. La Cour d’appel a pris en compte « les connaissances de l’inventeur sur certains autres composés » ainsi que les connaissances qu’auraient les personnes douées d’habiletés moyennes. Aucune erreur de droit n’a été commise qui permettrait à la Cour, dans le cadre d’une instance portant sur un

Appeal that the allegation of invalidity of the asserted claims of the '330 patent is not justified. There is no reason to address in any more detail than has been done here the list of issues raised by the parties.

CONCLUSION

[68] In conclusion, in the context of an NOC proceeding, there has not been demonstrated that, on the same questions as to invalidity as raised by another generic in earlier NOC proceedings respecting the asserted claims of the '330 patent, there is any better evidence or more appropriate argument in the present proceeding. The applications by Pfizer for prohibition will, therefore, be allowed with costs.

COSTS

[69] Pfizer is entitled to its costs and disbursements. Neither party has asserted that costs be assessed at other than at the default level being the middle of Column III [of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. I find that that is the appropriate level for taxation. At the hearing, each of Pfizer and Novopharm had three counsel gowned. Pfizer may tax costs for one senior and one junior counsel. For attendance when Pfizer counsel were conducting cross-examination, costs for one senior and one junior counsel, if present, may be taxed. When attending cross-examination of a Pfizer witness by Novopharm, only one counsel's costs, at the senior level, may be taxed.

[70] As to disbursements, there is a continued concern as to experts. Only five experts can put in evidence without leave of the Court. Here Pfizer had six and no leave. Only the costs of five experts can be allowed; Maycock was frequently referred to by Pfizer in argument and his costs are allowed. Costs of four other experts only may be taxed. Pfizer may choose which four.

avis de conformité, de ne pas adhérer à la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle n'était pas fondée l'allégation d'invalidité des revendications du brevet '330. Il n'existe aucune raison d'examiner de manière plus détaillée la liste des questions soulevées en l'espèce par les parties.

CONCLUSION

[68] En conclusion, dans le cadre de l'instance portant sur un avis de conformité on n'a pas démontré qu'il existait un meilleur élément de preuve ou une meilleure argumentation à l'égard des mêmes questions liées à l'invalidité que celles soulevées par une autre société générique dans une instance antérieure concernant les revendications du brevet '330. Par conséquent, les demandes de Pfizer visant à obtenir la délivrance d'une ordonnance d'interdiction seront accueillies avec dépens.

LES DÉPENS

[69] Pfizer a droit à ses dépens et débours. Ni l'une ni l'autre partie n'a demandé que les dépens soient taxés selon une valeur autre que la valeur moyenne par défaut de la colonne III [du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, r. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Je conclus que c'est là le niveau de taxation approprié en l'espèce. À l'audience, tant Pfizer que Novopharm étaient représentées par trois avocats en toge. Pfizer peut demander que soient taxés les dépens pour un avocat principal et un avocat en second. Pfizer peut également demander que soient taxés les dépens pour ses avocats ayant effectué un contre-interrogatoire, soit pour un avocat principal et un avocat en second, le cas échéant. Pour ce qui est d'assister au contre-interrogatoire par Novopharm d'un témoin de Pfizer, les dépens d'un seul avocat de cette dernière — au taux d'un avocat principal — peuvent être taxés.

[70] La question des honoraires des experts pose toujours problème. Seulement cinq experts peuvent témoigner sans autorisation de la Cour. En l'espèce, Pfizer avait six experts, mais ne disposait d'aucune autorisation. La Cour ne peut accorder que les honoraires de cinq experts; Pfizer a souvent renvoyé à M. Maycock dans son argumentation, et les honoraires de ce dernier sont ainsi accordés. La Cour peut seulement accorder les honoraires de quatre autres experts, au choix de Pfizer.

[71] The fees charged by the experts must be carefully scrutinized. They must be reasonable and should not exceed fees charged by Pfizer's senior counsel for the same amount of time. Nothing is to be allowed for any in-house Pfizer counsel or outside counsel or attorneys other than counsel of record. Disbursements as to photocopies are to be carefully scrutinized. Multiple copies of material beyond that provided to the Court and the other side are to be limited to three. If any non-arms-length copying service was used, than the actual cost of copies is to be assessed. If an arms-length service was used then the actual cost, if reasonable, is to be assessed. Travel costs if incurred for counsel who appeared at trial or cross-examination is to be reasonable.

[72] Since applications T-209-06 and T-210-06 were heard together, no duplication as to costs or disbursements is allowed unless shown to have been actually incurred.

JUDGMENT

For the reasons given:

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. Each of applications T-209-06 and T-210-06 is allowed;
2. The respondent, the Minister of Health, is prohibited from issuing a notice of compliance to the respondent Novopharm Limited in respect of its applications respecting quinapril hydrochloride and hydrochlorothiazine at issue in these proceedings, at least until the expiry of Canadian Patent No. 1341330;
3. The applicants are entitled to their costs and disbursements to be taxed in accordance with the reasons given.

[71] Les honoraires exigés par les experts doivent être étudiés avec soin. Ils doivent être raisonnables et ne pas dépasser les honoraires demandés pour la même période par l'avocat principal de Pfizer. La Cour ne peut rien accorder pour tout avocat à l'interne de Pfizer, ou dont celle-ci aura retenu les services, à moins qu'il ne s'agisse alors d'un avocat inscrit au dossier. Il faudra également étudier avec soin les frais de photocopie; mis à part les documents communiqués à la Cour et à l'autre partie, les frais pourront être accordés pour un maximum de trois copies. Si Pfizer a fait appel à un service interne de photocopie, on pourra alors demander la taxation des frais de photocopies véritablement engagés. Si Pfizer a plutôt fait appel à un service externe, elle pourra alors demander les frais raisonnables véritablement engagés. La Cour considérera raisonnables les frais de déplacement engagés par un avocat présent à l'audience ou lors d'un contre-interrogatoire.

[72] Les demandes T-209-06 et T-210-06 ayant été instruites ensemble, les dépens et débours ne seront pas accordés en double, sauf si Pfizer peut démontrer qu'ils ont bel et bien été engagés en double.

JUGEMENT

Pour les motifs qui précèdent,

LA COUR STATUE que :

1. La demande T-209-06 et la demande T-210-06 sont accueillies.
2. Il est interdit au ministre de la Santé défendeur de délivrer un avis de conformité à la défenderesse Novopharm Limitée à l'égard de ses demandes relatives au chlorhydrate de quinapril et à l'hydrochlorothiazine en cause dans la présente instance, du moins jusqu'à la délivrance du brevet canadien 1341330.
3. Les demanderesse ont droit à leurs dépens et débours, lesquels seront taxés conformément aux motifs formulés.

SCRS-10-07
2008 CF 301

SCRS-10-07
2008 CF 301

Dans l'affaire d'une demande de mandats faite par ... en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23

Dans l'affaire d'une demande de mandats faite par ... en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23

et dans l'affaire visant le ...

et dans l'affaire visant le ...

INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ (RE) (C.F.)

Federal Court, Blanchard J.—Ottawa, April 24, 27; June 14, 2007.

Cour fédérale, juge Blanchard—Ottawa, 24 et 27 avril; 14 juin 2007.

Security Intelligence — Application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Act, s. 21(3) permitting judge to issue warrant under certain conditions for stated purposes — Act not expressly providing extraterritorial mandate for Service to engage in investigative activities in nature of activities sought to be authorized by warrant — Inference not sufficiently obvious to conclude Service having clear mandate to conduct activities sought to be authorized in warrant in countries other than Canada, that Federal Court having jurisdiction to authorize such activities — Application dismissed.

Renseignement de sécurité — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — L'art. 21(3) de la Loi précise que le juge peut, sous réserve de certaines conditions, décerner un mandat aux fins qui y sont indiquées — La Loi ne donne pas expressément au Service une mission extraterritoriale d'utiliser des méthodes d'enquêtes s'apparentant à celles qui seraient autorisées par le mandat — L'inférence n'était pas suffisamment manifeste pour permettre de conclure que le Service avait une mission claire de mener les activités qu'il visait à faire autoriser dans le mandat dans d'autres pays que le Canada et que la Cour fédérale avait compétence pour autoriser ce genre d'activités — Demande rejetée.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable search or seizure — Application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Charter subject to same jurisdictional limits as Canada's other laws; Canadian law unenforceable in another state's territory without state's consent — Warrant powers concerning activities within Canada's enforcement or investigative jurisdiction — Absent consent, Canadian law could not apply to such investigative activities in other state's territory — Therefore, Charter, s. 8 not applicable.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — La Charte est sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs du pays et le droit canadien n'est pas susceptible d'application sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet État — Les pouvoirs conférés par le mandat visaient des activités qui relèvent de la compétence d'exécution ou d'enquête de l'État canadien — En l'absence de consentement, le droit canadien ne peut s'appliquer à de telles méthodes d'enquêtes menées sur le territoire d'un autre État — Par conséquent, l'art. 8 de la Charte était inapplicable.

Construction of Statutes — Application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — International law norms, values relevant in interpretation of domestic law — R. v. Hape, affirming presumption legislation conforming to international law, customary rules of international law directly incorporated into Canadian

Interprétation des lois — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité en vue d'obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d'enquêtes menées à l'extérieur du Canada — Les normes et les valeurs de droit international sont pertinentes dans l'interprétation du droit interne — L'arrêt R. c. Hape, a confirmé le principe selon lequel une loi est réputée conforme

domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation — “Binding customary principles of ... international law” prohibiting interference with sovereignty, domestic affairs of other states — Activities contemplated in warrant sought clearly impinging upon principles of territorial sovereign equality, non-intervention — Likely to violate law of jurisdiction where investigative activities will occur — Applicable provisions of Act could not be construed as providing Court with jurisdictional basis to issue warrant sought.

International Law — Application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — Extraterritorial jurisdiction, prescriptive, enforcement or adjudicative existing under international law, subject to strict limits under international law based on sovereign equality, non-intervention, territorial principle.

Federal Court Jurisdiction — Application pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, ss. 12, 21 for warrant relating to investigative activities outside Canada — As legislation presumed to conform to international law, applicable provisions not conferring jurisdiction to issue warrant in absence of express enactment authorizing Court to issue extraterritorial warrant.

This was an application pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act) for a warrant in respect of 10 subjects. The warrant powers sought relate to investigative activities in countries other than Canada. All subjects, except for one, are Canadian citizens, permanent residents or refugees and are currently named in warrants relating to an investigation within Canada by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or Service). The warrant powers sought were essentially directed at collecting information and intelligence. CSIS’s main contention was that the warrant sought was required to ensure that Canadian agents engaged in executing the warrant abroad would do so in conformity with Canadian law since the impugned investigative activities might, absent the warrant, breach the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) and contravene the *Criminal Code of Canada* (Code). Since the present application was filed, the Supreme Court of Canada released its decision in *R. v. Hape*, which dealt with security intelligence investigations and international law. The issues in this application were (1) whether the Federal Court has jurisdiction to issue the warrant requested; and (2) whether the Code and the Charter apply to activities of the Service and its agents in undertaking threat-related investigations in a country other than Canada.

au droit international et les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire — Les « principes coutumiers contraignants [...] du droit international » interdisent de porter atteinte à la souveraineté d’un autre État et de s’immiscer dans ses affaires intérieures — Les activités envisagées dans le mandat demandé contrevenaient clairement aux principes de l’égalité souveraine et de la non-intervention — Les activités étaient susceptibles de violer les lois du ressort où elles devaient être menées — Les dispositions applicables de la Loi ne pouvaient pas être interprétées de façon à habiliter la Cour à décerner le mandat demandé.

Droit international — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité en vue d’obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d’enquêtes menées à l’extérieur du Canada — Le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale normative, d’exécution ou juridictionnelle et il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l’égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité.

Compétence de la Cour fédérale — Demande présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité en vue d’obtenir un mandat qui avait trait à des méthodes d’enquêtes menées à l’extérieur du Canada — Comme le texte législatif est présumé être conforme au droit international, les dispositions applicables n’habilitaient pas la Cour à décerner le mandat en l’absence d’un texte législatif autorisant la Cour à décerner un mandat extraterritorial.

Il s’agissait d’une demande présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la Loi) en vue d’obtenir un mandat relativement à 10 personnes. Les pouvoirs conférés par mandat que l’on cherchait à obtenir avaient trait à des méthodes d’enquêtes menées dans d’autres pays que le Canada. Toutes les personnes visées, sauf une, sont des citoyens canadiens, des résidents permanents ou des réfugiés et sont actuellement nommées dans des mandats concernant une enquête que le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service) mène au Canada. Les pouvoirs conférés par mandat que l’on cherchait à obtenir visaient essentiellement la collecte d’informations et de renseignements. La principale allégation du SCRS précisait que le mandat sollicité était requis pour s’assurer que les agents canadiens chargés d’exécuter le mandat à l’étranger le feraient conformément au droit canadien, puisque les investigations contestées peuvent, en l’absence d’un mandat, violer la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et contrevenir au *Code criminel* du Canada (le Code). Depuis le dépôt de la demande en l’espèce, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l’arrêt *R. c. Hape*, qui porte sur des enquêtes de sécurité et le droit international. Les questions litigieuses en l’espèce étaient celles de savoir si 1) la Cour fédérale a compétence pour décerner le mandat demandé; et 2) le Code et

Held, the application should be dismissed.

(1) Section 12 outlines CSIS's mandate, and provides that it shall collect, by investigation or otherwise, information respecting activities that may be suspected of constituting threats to the security of Canada. The Court's role with respect to the issuance of warrants is stated at section 21 of the Act. Where the Director of the Service believes, on reasonable grounds, that a warrant is required to enable it to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties under section 16, the Director may, with the approval of the Minister, apply to the Court for a warrant. Subsection 21(2) of the Act sets out the information that must be provided on a warrant application while subsection 21(3) provides that a judge may issue a warrant under certain conditions for the purposes stated therein. The Act does not expressly provide an extraterritorial mandate for the Service to engage in investigative activities in the nature of the activities sought to be authorized by the warrant. Section 21 of the Act also contains no express provision vesting the Court with jurisdiction to authorize such extraterritorial activities. Both sections 12 and 21 are silent on the issue of territoriality. Factors such as the express territorial limitation in section 16, which provides for the collection of information concerning foreign states and persons "within Canada", the absence of express territorial limitation or reference in sections 12 and 21, and the definition of "threats to the security of Canada" provided in section 2 were considered to construe the applicable legislative provisions. While the language of the legislative text may allow for an inference to be drawn in respect of a mandate for the Service to conduct certain activities extraterritorially, that inference was not sufficiently obvious to provide a basis to conclude that the Service has a clear mandate to conduct the activities sought to be authorized in the warrant in countries other than Canada and that the Court has jurisdiction to authorize such activities. Upon consideration of extratextual factors such as legislative history, the limited evidence failed to establish a clear intention by Parliament regarding the extraterritorial reach of the Service's activities and particularly regarding the Court's role in authorizing such activities.

In construing the applicable provisions of the Act in circumstances that involve investigative activities in countries other than Canada, the principles of international law must be considered. International law norms and values are relevant in the interpretation of domestic law. In *Hape*, the Supreme Court affirmed the well-established principle of statutory interpretation that legislation is presumed to conform to international law. That decision also stated that customary rules

la Charte s'appliquent aux activités du Service et à ses agents lorsqu'ils entreprennent des enquêtes sur des activités menaçantes dans un autre pays que le Canada.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) L'article 12 donne un aperçu de la mission du SCRS et prévoit que celui-ci recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, des informations sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Le rôle de la Cour en ce qui concerne la délivrance de mandats est énoncé à l'article 21 de la Loi. Le directeur du Service peut, avec l'approbation du ministre, demander à la Cour de décerner un mandat s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service d'enquêter sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16. Le paragraphe 21(2) de la Loi précise les informations devant être fournies lors d'une demande de mandat alors que le paragraphe 21(3) précise que le juge peut, sous réserve de certaines conditions, décerner un mandat aux fins qui y sont indiquées. La Loi ne donne pas expressément au Service une mission extraterritoriale d'utiliser des méthodes d'enquêtes s'apparentant à celles qui seraient autorisées par le mandat. L'article 21 de la Loi ne contient pas non plus aucune disposition expresse conférant à la Cour le pouvoir d'autoriser de telles activités extraterritoriales. Les articles 12 et 21 sont tous deux silencieux sur la question de la territorialité. Des facteurs comme la limite territoriale expresse prévue à l'article 16, qui prévoit la collecte d'informations sur les États étrangers et les personnes « dans les limites du Canada », l'absence de limite ou de référence territoriales expresses dans les articles 12 et 21 et la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » que l'on trouve à l'article 2 ont été pris en considération pour interpréter les dispositions législatives applicables. Bien que le libellé du texte législatif puisse permettre de tirer une inférence relativement à une mission donnée au Service de mener certaines activités à l'extérieur du territoire national, cette inférence n'était pas suffisamment manifeste pour permettre de conclure que le Service avait une mission claire de mener les activités qu'il visait à faire autoriser dans le mandat, et ce, dans d'autres pays que le Canada et que la Cour avait compétence pour autoriser ce genre d'activités. Par suite de l'examen de facteurs extra-textuels comme l'origine du texte, les éléments de preuve restreints ne démontraient pas une intention claire du législateur quant à la portée extraterritoriale des activités du Service et, en particulier, concernant le rôle de la Cour dans l'autorisation de telles activités.

Il faut prendre en considération les principes du droit international lors de l'interprétation des dispositions législatives applicables dans le cas de l'utilisation de méthodes d'enquête dans d'autres pays que le Canada. Les normes et les valeurs du droit international sont pertinentes dans l'interprétation du droit interne. Dans l'arrêt *Hape*, la Cour suprême a confirmé le principe d'interprétation législative bien établi selon lequel une loi est réputée conforme au droit

of international law are directly incorporated into Canadian domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation. It also declared that Parliament's "clear constitutional authority" to enact legislation with extraterritorial effect is informed by the "binding customary principles of ... international law", which prohibit interference with the sovereignty and domestic affairs of other states. The intrusive activities that are contemplated in the warrant sought are activities that clearly impinge upon the above-mentioned principles of territorial sovereign equality and non-intervention and are likely to violate the laws of the jurisdiction where the investigative activities are to occur. By authorizing such activities, the warrant would therefore be authorizing activities that are inconsistent with and likely to breach the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations. These prohibitive rules of customary international law have evolved to protect the sovereignty of nation states against interference from other states. Extraterritorial jurisdiction, prescriptive, enforcement or adjudicative, exists under international law and is subject to the strict limits under international law based on sovereign equality, non-intervention and the territorial principle. The applicable provisions of the Act could not be construed as providing the Court with a jurisdictional basis to issue the warrant sought in the absence of an express enactment authorizing the Court to issue an extraterritorial warrant.

(2) While the Charter serves as a constitutional instrument to enshrine rights, it does not endow any powers. In *Hape*, the Supreme Court of Canada confirmed that the Charter is subject to the same jurisdictional limits as Canada's other laws and concluded that Canadian law is unenforceable in another state's territory without that state's consent. The pronouncements in *Hape* articulate the current state of Canadian law on its applicability, including the Charter, on matters that arise as a result of the extraterritorial investigative jurisdiction of the Canadian state. *Hape* described and distinguished a state's prescriptive, enforcement or investigative and adjudicative jurisdictions. Although the warrant powers sought here may not have been directed at enforcement *per se*, they concerned activities directed at the collection of information by "investigation or otherwise", which are activities that fall clearly within the "enforcement" or "investigative" jurisdiction of the Canadian state. Consequently, these activities occurring in a foreign state would impinge upon the territorial sovereignty of that state. Absent consent, Canadian law, particularly as it relates to the "investigative jurisdiction," could not apply to such investigative activities conducted in another state's territory. Therefore, section 8 of the Charter, which protects against unreasonable search and seizure, could not apply. Where Parliament elected to provide for the application of Canadian law to events occurring extraterritorially, it has done so expressly. A heightened requirement for clarity by Parliament arises in circumstances where the statute seeks to provide for activities that would in

international. Cette décision précise aussi que les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire. En outre, elle indique que « la Constitution autorise clairement » le Parlement à adopter des lois de portée extraterritoriale et que l'application de ce pouvoir est éclairée par les « principes coutumiers [...] du droit international », qui interdisent de porter atteinte à la souveraineté d'un autre État et de s'immiscer dans ses affaires intérieures. Les activités comportant intrusion envisagées dans le mandat demandé sont des activités qui contreviennent clairement aux principes susmentionnés de l'égalité souveraine et de la non-intervention et sont susceptibles de violer les lois du ressort où elles doivent être menées. En autorisant de telles activités, le mandat se trouverait dès lors à autoriser des activités qui sont incompatibles avec les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, ainsi qu'avec la courtoisie entre les nations, et qui sont susceptibles d'y contrevvenir. Ces règles prohibitives du droit international coutumier ont évolué pour protéger la souveraineté des États contre l'ingérence de la part des autres États. Le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale normative, d'exécution ou juridictionnelle et il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l'égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité. Les dispositions applicables de la Loi ne pouvaient pas être interprétées de façon à habiliter la Cour à décerner le mandat demandé en l'absence d'un texte législatif autorisant la Cour à décerner un mandat extraterritorial.

2) Bien que la Charte serve d'instrument constitutionnel pour enchâsser des droits, elle ne dote d'aucun pouvoir. Dans l'arrêt *Hape*, la Cour suprême du Canada a confirmé que la Charte demeure sujette aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs du pays et a conclu que le droit canadien n'est pas susceptible d'application sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet État. La décision prononcée dans l'arrêt *Hape* exprime l'état actuel du droit canadien quant à son applicabilité, y compris la Charte, dans des affaires soulevant la compétence d'enquête extraterritoriale du Canada. L'arrêt *Hape* décrit la compétence normative, la compétence d'exécution ou d'enquête et la compétence juridictionnelle de l'État et opère une distinction à leur égard. Bien que les pouvoirs conférés par mandat que l'on cherchait à obtenir en l'espèce puissent ne pas viser l'exécution en soi, ils concernaient bel et bien des activités qui visaient la collecte d'informations « au moyen d'enquêtes ou autrement », activités qui relèvent clairement de la compétence d'« exécution » ou d'« enquête » de l'État canadien. Par conséquent, ces activités qui sont exercées dans un État étranger porteraient atteinte à la souveraineté territoriale de cet État. En l'absence de consentement, le droit canadien, plus particulièrement en ce qui concerne la « compétence d'enquête », ne peut s'appliquer à de telles méthodes d'enquêtes menées sur le territoire d'un autre État. Il s'ensuit donc que l'article 8 de la Charte, qui protège contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, ne pouvait s'appliquer. Lorsque le Parlement a choisi de prévoir l'application du droit

all likelihood violate the binding principles of customary international law, which are incorporated in Canadian law.

canadien à des événements se produisant à l'extérieur du territoire national, il l'a fait d'une manière expresse. Une exigence de clarté plus rigoureuse de la part du Parlement découle de circonstances où la loi vise à prévoir des activités qui, selon toute vraisemblance, contreviendraient aux principes contraignants du droit international coutumier, qui sont incorporés dans le droit canadien.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 8, 32.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “threats to the security of Canada” (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89), 12, 16 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224), 17 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25), 21.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 7(2)(a) (as am. by S.C. 1993, c. 7, s. 1), 46(3)(a), 57(1)(a), 74(2), 465(4) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 27, s. 61).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

R. v. Hape, [2007] 2 S.C.R. 292; (2007), 280 D.L.R. (4th) 385; 220 C.C.C. (3d) 161; 47 C.R. (6th) 96; 160 C.R.R. (2d) 11; 363 N.R. 1; 227 O.A.C. 191; 2007 SCC 26.

CONSIDERED:

Canadian Security Intelligence Service Act (Re), [2008] 3 F.C.R. 477; 2008 FC 300; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; (1995), 128 D.L.R. (4th) 98; 64 B.C.A.C. 161; 101 C.C.C. (3d) 193; 42 C.R. (4th) 269; 32 C.R.R. (2d) 273; 186 N.R. 329; 105 W.A.C. 161; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597; (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; [1999] 5 W.W.R. 582; 112 B.C.A.C. 1; 57 B.C.L.R. (3d) 215; 128 C.C.C. (3d) 1; 19 C.R. (5th) 1; 55 C.R.R. (2d) 189; 230 N.R. 83; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *R. v. Sharpe*,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8, 32.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 7(2)(a) (mod. par L.C. 1993, ch. 7, art. 1), 46(3)(a), 57(1)(a), 74(2), 465(4) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 61).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada » (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89), 12, 16 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224), 17 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25), 21.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

R. c. Hape, [2007] 2 R.C.S. 292; 2007 CSC 26.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re), [2008] 3 R.C.F. 477; 2008 CF 300; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS CITÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45; 2001 CSC 2; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241; 2001 CSC 40.

[2001] 1 S.C.R. 45; (2001), 194 D.L.R. (4th) 1; [2001] 6 W.W.R. 1; (2001), 88 B.C.L.R. (3d) 1; 146 B.C.A.C. 161; 150 C.C.C. (3d) 321; 39 C.R. (5th) 72; 86 C.R.R. (2d) 1; 2001 SCC 2; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241; (2001), 200 D.L.R. (4th) 419; 40 C.E.L.R. (N.S.) 1; 19 M.P.L.R. (3d) 1; 271 N.R. 201; 2001 SCC 40.

AUTHORS CITED

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1, Ottawa: Supply and Services Canada, 1981.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 9 (April 2, 1984).

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATION pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* for a warrant in which powers relating to investigative activities in countries outside Canada were sought with respect to 10 subjects. Application dismissed.

APPEARANCES:

Isabelle Chartier for Canadian Security Intelligence Service.
 Ronald Atkey as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada.

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

[1] BLANCHARD J.: This is an application pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the Act), for a warrant in respect of 10 subjects. The warrant powers sought relate to investigative activities in countries other than Canada. The subjects of investigation are currently named in certain warrants in application SCRS-10-07 which I granted on April 25, 2007, in relation to the Canadian Security Intelligence Service (the Service or

DOCTRINE CITÉE

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 9 (2 avril 1984).

Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1981.

Cassese, Antonio. *International Law*, 2^e éd. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Toronto : Butterworths, 2002.

DEMANDE présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* pour obtenir un mandat dont les pouvoirs avaient trait à des méthodes d'enquêtes menées dans d'autres pays que le Canada relativement à 10 personnes. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Isabelle Chartier pour le Service canadien du renseignement de sécurité.
 Ronald Atkey en qualité d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada.

Voici les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance rendus en français par

[1] Le juge Blanchard : Il s'agit d'une demande présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi), qui vise à obtenir un mandat relativement à 10 personnes. Les pouvoirs conférés par mandat que l'on cherche à obtenir ont trait à des méthodes d'enquêtes menées dans d'autres pays que le Canada. Les personnes visées par l'enquête sont actuellement nommées dans certains mandats que j'ai

CSIS) investigation of [portion deleted by order of the Court]. The warrants issued in April are for investigative activities within Canada and are valid for a period of one year from May 1, 2007 to April 30, 2008. All subjects of investigation, except for one, are Canadian citizens, permanent residents or refugees. The exception is a foreign national [portion deleted by order of the Court].

[2] At the time I issued the warrants on April 25, 2007, I was satisfied of the matters referred to in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the Act based on the information provided in the April 19, 2007 affidavit of [portion deleted by order of the Court] sworn in support of the application. The only issue remaining to be determined, and which will be dealt with in these reasons, is the question of whether this Court can issue the extraterritorial warrant sought.

[3] At the time I issued the initial warrants in application SCRS-10-07, I was not prepared to authorize investigative activities by the Service outside Canada as requested, without further consideration. To that end, I appointed Mr. Ron Atkey, Q.C., to serve as *amicus curiae* (the *amicus*) on the application and requested that both the Service and the *amicus* file written submissions to address first, whether the Service has a mandate to undertake threat-related investigations outside Canada and second, whether the Federal Court has jurisdiction to issue the warrant requested.

[4] Upon reviewing the written submissions filed and the relevant jurisprudence and upon hearing counsel on behalf of the Service and the *amicus* at an *ex parte in camera* hearing held on June 19, 2007, I determined that further submissions from the Service and the *amicus* were required. Since the filing of the within application, the Supreme Court of Canada decided *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292 on June 7, 2007. Following my review of *Hape*, I thought it useful to seek further written submissions and, as a consequence, directed the Service and the *amicus* to answer the following questions:

accordés le 25 avril 2007, dans le cadre de la demande SCRS-10-07, concernant l'enquête du Service canadien du renseignement de sécurité (le Service ou le SCRS) relative au [partie expurgée par ordonnance de la Cour]. Les mandats décernés en avril concernent les méthodes d'enquêtes menées au Canada et sont valides pour une période d'un an, soit du 1^{er} mai 2007 au 30 avril 2008. Toutes les personnes visées par l'enquête, sauf une, sont des citoyens canadiens, des résidents permanents ou des réfugiés. Quant à l'autre, il s'agit d'un étranger [partie expurgée par ordonnance de la Cour].

[2] Au moment où j'ai décerné les mandats le 25 avril 2007, j'étais convaincu de l'existence de faits mentionnés aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi, selon les informations fournies dans l'affidavit de [partie expurgée par ordonnance de la Cour] souscrit le 19 avril 2007 à l'appui de la demande. La seule question qui reste à trancher, et qui sera examinée dans les présents motifs, est celle de savoir si la Cour peut décerner le mandat extraterritorial demandé.

[3] Au moment où j'ai décerné les premiers mandats dans le cadre de la demande SCRS-10-07, je n'étais pas prêt, sans autre considération, à autoriser le Service à utiliser des méthodes d'enquêtes à l'extérieur du Canada, comme on me l'a demandé. À cette fin, j'ai nommé M^e Ron Atkey, c.r., pour qu'il agisse en qualité d'*amicus curiae* (l'*amicus*) dans le cadre de la demande et j'ai demandé que le Service et l'*amicus* déposent leurs observations écrites pour traiter d'abord de la question de savoir si le Service a pour mission d'entreprendre des enquêtes sur des activités susceptibles de constituer des menaces à l'extérieur du Canada et ensuite de celle de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décerner le mandat demandé.

[4] Après avoir examiné les observations écrites déposées ainsi que la jurisprudence pertinente, et après avoir entendu l'avocate du Service de même que l'*amicus* au cours d'une audience tenue à huis clos en l'absence d'une partie, le 19 juin 2007, j'ai décidé que d'autres observations étaient nécessaires de la part du Service et de l'*amicus*. Depuis le dépôt de la demande dans le présent dossier, la Cour suprême du Canada a rendu l'arrêt *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le 7 juin 2007. Après avoir examiné cet arrêt, j'ai pensé qu'il serait utile de solliciter d'autres observations écrites et,

(i) On what basis or foundation does the Court then issue a warrant which admittedly would not be enforceable outside Canada and which would likely involve the authorization of illegal activity in the host state? More specifically, what would be the purpose of seeking such a warrant?

(ii) Further, if such Parliamentary intent can be established and pursuant to section 21 of the Act, it can be construed to provide the Court authority to issue such extraterritorial warrants, should the Court be engaged in the issuance of such warrants, which would not be enforceable outside Canada, and which would likely involve the authorization of illegal activity in the host state?

[5] Both the Service and the *amicus* filed supplementary submissions which I considered before deciding the application.

Preliminary Issue

[6] In June 2005, the Service filed application CSIS-18-05 [*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, [2008] 3 F.C.R. 477 (F.C.)] an application for a warrant pursuant to sections 12 and 21 of the Act which raised the same questions of law as the present application.

[7] My colleague, Mr. Justice Simon Noël, who was seized of that matter, had appointed Mr. Ron Atkey, Q.C., to serve as *amicus* in that proceeding. Justice Noël raised a preliminary issue as to whether the question of law could be dealt with in a public hearing. After receiving written and oral submissions on the issue from counsel for the Deputy Attorney General of Canada and the *amicus*, the learned Judge concluded that the hearing of the application should be conducted in private. Comprehensive reasons for that decision were filed and have not yet been made public.

[8] On August 23, 2006, a notice of discontinuance in relation to application CSIS 18-05 was filed by counsel for the Deputy Attorney General of Canada.

par conséquent, j'ai enjoint le Service et l'*amicus* de répondre aux questions suivantes :

[TRADUCTION]

i) Quel est le fondement permettant à la Cour de décerner un mandat qui, sans conteste, ne serait pas exécutable à l'extérieur du Canada et qui serait susceptible de mettre en jeu l'autorisation relative à une activité illégale dans l'État d'accueil? Plus précisément, quel but vise-t-on en sollicitant un tel mandat?

ii) En outre, si une telle intention du législateur peut être établie et si, aux termes de l'article 21 de la Loi, cela peut être interprété comme conférant à la Cour le pouvoir de décerner de tels mandats extraterritoriaux, la Cour devrait-elle procéder à la délivrance de tels mandats, lesquels ne seraient pas exécutables à l'extérieur du Canada et seraient susceptibles de mettre en jeu l'autorisation relative à une activité illégale dans l'État d'accueil?

[5] Le Service et l'*amicus* ont tous les deux déposé des observations supplémentaires que j'ai prises en considération avant de rendre ma décision sur la demande.

La question préliminaire

[6] En juin 2005, le Service a déposé la demande SCRS-18-05 [*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, [2008] 3 R.C.F. 477 (C.F.)] une demande visant l'obtention d'un mandat en vertu des articles 12 et 21 de la Loi, laquelle soulevait la même question de droit que la présente demande.

[7] Mon collègue, le juge Simon Noël, qui a été saisi de l'affaire, avait nommé M^e Ron Atkey, c.r., pour qu'il agisse en qualité d'*amicus* dans le cadre de cette instance. Le juge Noël a soulevé une question préliminaire qui était de savoir si la question de droit pourrait être abordée au cours d'une audience publique. Après avoir reçu des observations orales et écrites sur la question de la part de l'avocat du procureur général du Canada et de l'*amicus*, le juge a conclu que l'audition de la demande devrait se dérouler à huis clos. Les motifs détaillés de cette décision ont été déposés, mais n'ont pas encore été rendus publics.

[8] Le 23 août 2006, l'avocat du procureur général du Canada a déposé un avis de désistement relativement à la demande SCRS-18-05.

[9] Upon the filing of the within application, the same legal issues in respect to extraterritorial warrants raised in CSIS-18-05 were again before the Court. I raised the issue of whether the question of law could be dealt with in a public hearing. Both the *amicus* and counsel for the Attorney General of Canada were of the view that the question had been decided by Justice Noël and were content to accept his decision as deciding the issue for the purpose of this application.

[10] I have reviewed Justice Noël's reasons for order and order in application CSIS-18-05. I agree with his decision and his reasons. Consequently, I am also of the view that the hearing of this application is to be conducted in private.

[11] I now turn to the substantive issues raised in this application.

Issues

[12] In my view, the following issues are raised in this application:

(A) Does the Federal Court have jurisdiction to issue the warrant requested?

(B) Does the Service have a mandate to undertake threat-related investigations in a country other than Canada?

(C) Does the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the Code) of Canada and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) apply to activities of the Service and its agents in undertaking threat-related investigations in a country other than Canada?

(D) Can Communications Security Establishment Canada (CSEC) assist the Service in the execution of the warrant sought?

[13] In my considered opinion, for reasons that follow, I conclude that the answer to the first issue is in the

[9] Après le dépôt de la présente demande, la Cour est saisie des mêmes questions d'ordre juridique concernant les mandats extraterritoriaux que celles soulevées dans le cadre de la demande SCRS-18-05. J'ai soulevé la question de savoir si la question de droit pourrait être abordée au cours d'une audience publique. L'*amicus* et l'avocate du procureur général du Canada étaient tous les deux d'avis que la question avait été décidée par le juge Noël et ils se sont contentés d'accepter le fait que sa décision tranchait la question aux fins de la présente demande.

[10] J'ai examiné les motifs de l'ordonnance et de l'ordonnance du juge Noël dans la demande SCRS-18-05. Je souscris à sa décision et aux motifs qui la sous-tendent. Par conséquent, je suis également d'avis que l'audition de la présente demande doit se dérouler à huis clos.

[11] J'aborde maintenant les questions de fond soulevées dans le cadre de la présente demande.

Les questions en litige

[12] À mon avis, la présente demande soulève les questions suivantes :

A) La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décerner le mandat demandé?

B) Le Service a-t-il comme mission d'entreprendre des enquêtes sur les activités susceptibles de constituer des menaces dans un autre pays que le Canada?

C) Le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le Code), du Canada et la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie 1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), s'appliquent-ils aux activités du Service et à ses agents lorsqu'ils entreprennent des enquêtes sur les activités menaçantes dans un autre pays que le Canada?

D) Le Centre de la sécurité des télécommunications Canada (le CSTC) peut-il aider à l'exécution du mandat demandé par le Service?

[13] Après mûre réflexion, je conclus, pour les motifs exposés ci-dessous, qu'il faut répondre par la négative à

negative. It is therefore unnecessary to deal with the other issues raised. I will nevertheless deal with the third issue stated since it is the central focus of the Service's submissions before the Court.

The warrant sought

[14] The Service seeks a warrant authorizing the Director of the Service (the Director) and any person under his authority to intercept any telecommunication destined to or originating from the subjects of investigation, to obtain information or record relating to the targets [portion deleted by order of the Court].

[15] The Service further requests that the warrant provide that it may be executed at: [portion deleted by order of the Court].

[16] Finally, the warrant sought would provide that, for the above purposes, the Service and its agents may: (i) install, maintain or remove any thing; [portion deleted by order of the Court]; (ii) install, maintain or remove any thing [portion deleted by order of the Court]; to obtain access to, search, search for, examine, take extracts from, make copies of, or otherwise record the information; and (iii) install, maintain or remove any thing [portion deleted by order of the Court] to obtain access to, search for, examine, take excerpts from, make copies of, or otherwise record the information.

(A) Does the Federal Court have jurisdiction to issue the warrant requested?

[17] Before beginning my analysis, I propose to review the applicable statutory framework regarding the issuance of warrants under the Act and the respective positions of the Service and the *amicus* on this issue.

[18] Section 12 of the Act outlines the Service's mandate and provides that it shall collect, "by investigation or otherwise", to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the

la première question. Il n'est donc pas nécessaire d'aborder les autres questions soulevées. Je vais néanmoins examiner la troisième question énoncée, puisque cela constitue l'élément central des observations que le Service a formulées à la Cour.

Le mandat demandé

[14] Le Service vise à obtenir un mandat autorisant le directeur du Service (le directeur) et toute personne relevant de lui à intercepter toute télécommunication destinée à ou en provenance des personnes visées par l'enquête, à obtenir toute information ou tout document concernant les cibles [partie expurgée par ordonnance de la Cour].

[15] Le Service demande en outre que le mandat prévoie qu'il peut être exécuté : [partie expurgée par ordonnance de la Cour].

[16] Enfin, le mandat demandé prévoirait que, pour les fins susmentionnées, le Service et ses agents peuvent : i) installer, entretenir ou enlever tout objet; [partie expurgée par ordonnance de la Cour]; ii) installer, entretenir ou enlever tout objet [partie expurgée par ordonnance de la Cour] d'obtenir l'accès aux informations, les rechercher, les examiner, en tirer des extraits, en faire des copies ou les enregistrer autrement; iii) installer, entretenir ou enlever tout objet [partie expurgée par ordonnance de la Cour] d'obtenir l'accès aux informations, les rechercher, les examiner, en tirer des extraits, en faire des copies ou les enregistrer autrement.

A. La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décerner le mandat demandé?

[17] Avant de commencer mon analyse, je me propose d'examiner le cadre législatif applicable à la délivrance de mandats aux termes de la Loi, ainsi que les positions respectives du Service et de l'*amicus* sur cette question.

[18] L'article 12 de la Loi donne un aperçu de la mission du Service et prévoit qu'il recueille, « au moyen d'enquêtes ou autrement », dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des

security of Canada. The Service is further required to advise and report to the Government in respect of such activities. “Threats to the security of Canada” [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89] is defined at section 2 of the Act and includes “activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat” (my emphasis).

[19] The Court’s role with respect to the issuance of warrants is stated at section 21 of the Act. Where the Director of the Service believes, on reasonable grounds, that a warrant is required to enable it to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties under section 16 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25; 2001, c. 27, s. 224], the Director may, with the approval of the Minister, apply to the Court for a warrant. Subsection 21(2) of the Act sets out the information that must be provided on a warrant application. Subsection 21(3) provides that “[n]otwithstanding any law but subject to the *Statistics Act*”, upon being satisfied that the requirements in subsection 21(2) are met, a judge may issue a warrant for the following purposes:

21. (1) ...

(3) ...

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or things; or

(c) to install, maintain or remove any thing. [My emphasis.]

[20] Subsection 21(4) requires that the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records or things to be obtained, the persons or classes of persons to whom the warrant is directed, a general description of the place where the warrant may be executed and other terms as the judge considers advisable in the public interest must be included in the warrant.

menaces envers la sécurité du Canada. On exige également que le Service fasse rapport au gouvernement et le conseille à l’égard de ces activités. L’expression « menaces envers la sécurité du Canada » [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89] est définie à l’article 2 de la Loi et comprend « les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage [...] de menaces » (non souligné dans l’original).

[19] Le rôle de la Cour en ce qui concerne la délivrance de mandats est énoncé à l’article 21 de la Loi. Le directeur du Service peut, avec l’approbation du ministre, demander à la Cour de décerner un mandat s’il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service d’enquêter sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d’exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l’article 16 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25; 2001, ch. 27, art. 224]. Le paragraphe 21(2) de la Loi précise les informations devant être fournies lors d’une demande de mandat. Le paragraphe 21(3) prévoit que « [p]ar dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur les statistiques* », lorsqu’il est convaincu que les exigences du paragraphe 21(2) ont été satisfaites, un juge peut décerner un mandat aux fins suivantes :

21. (1) [...]

(3) [...]

a) l’accès à un lieu ou un objet ou l’ouverture d’un objet;

b) la recherche, l’enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s’y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l’établissement de copies ou d’extraits par tout procédé;

c) l’installation, l’entretien et l’enlèvement d’objets. [Non souligné dans l’original.]

[20] Le paragraphe 21(4) exige ce qui suit soit inclus dans le mandat : les catégories de communications dont on autorise l’interception, ainsi que les catégories d’informations, de documents ou d’objets dont on autorise l’acquisition; les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat; une description générale du lieu ou le mandat peut être exécuté; les autres conditions que le juge estime indiquées dans l’intérêt public.

[21] The full text of the above provisions of the Act and other pertinent provisions are reproduced and attached to these reasons as Schedule A.

Position of the Service and the *amicus*

[22] The Service contends that the authorizations sought are to enable it to fulfill its mandate under section 12 of the Act. Section 12 differs from section 16 of the Act which limits the Service's collection of foreign "intelligence" to "within Canada". The Service submits that Parliament, by not imposing the same territorial limitation in section 12 as it did in section 16, must have intended its section 12 mandate to have an extra-territorial reach.

[23] The Service further contends that the warrant is required to ensure that Canadian agents engaged in executing the warrant abroad do so in conformity with Canadian law. The Service maintains that the warrant is required to judicially authorize activities that, absent the warrant, may breach the Charter and contravene the Code. This is so because the warrant powers sought to be authorized are directed at Canadians and arguably might impact on their expectation of privacy. The Service argues that the warrant would enable it to perform its duties and functions by removing the legal impediments to the conduct of a part of its security intelligence investigations outside Canada and would respect the rule of law and be consistent with the regime of judicial control mandated by Part II of the Act.

[24] The Service submits that the scope of the Supreme Court of Canada decision in *Hape*, cited above, is unclear. In particular, it is unclear as to whether the decision was intended to apply to the conduct of security intelligence investigations outside Canada where those investigations involve persons having a real and substantial connection to Canada, as in this case.

[25] More particularly, the Service submits that the decision in *Hape* does not stand for the broad proposition that, absent the consent of a foreign state or a principle of international law as contemplated by the Supreme Court of Canada, the Charter does not apply to any search and seizure by Canadian officials in a foreign

[21] Le texte complet des dispositions de la Loi susmentionnées et d'autres dispositions pertinentes est reproduit et joint aux présents motifs à titre d'annexe A.

La position du Service et celle de l'*amicus*

[22] Le Service prétend que les autorisations demandées ont pour but de lui permettre de remplir sa mission aux termes de l'article 12 de la Loi. Cet article diffère de l'article 16, lequel restreint la collecte par le Service de « renseignements » étrangers, et ce, « dans les limites du Canada ». Le Service soutient que le législateur, en n'imposant pas la même limite territoriale dans l'article 12 que celle de l'article 16, doit avoir eu l'intention de donner à la mission de l'article 12 une portée extraterritoriale.

[23] Le Service prétend en outre que le mandat est nécessaire pour s'assurer que les agents canadiens s'occupant de l'exécution du mandat à l'étranger le font en conformité avec le droit canadien. Le Service maintient que le mandat est nécessaire pour que des activités qui, sans le mandat, peuvent violer la Charte et contrevenir au Code soient autorisées par les tribunaux. Il en est ainsi parce que les pouvoirs conférés par mandat dont on demande l'autorisation visent des Canadiens et on peut soutenir qu'ils pourraient avoir une incidence sur leurs attentes en matière de vie privée. Le Service fait valoir que le mandat lui permettrait d'exercer ses fonctions en supprimant les entraves d'ordre juridique à la conduite d'une partie de ses enquêtes de sécurité à l'extérieur du Canada, qu'il respecterait la règle de droit et qu'il serait compatible avec le régime de contrôle judiciaire prescrit par la partie II de la Loi.

[24] Le Service soutient que la portée de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Hape*, précité, n'est pas claire, et ce, en particulier quant à la question de savoir si la décision était censée s'appliquer à la conduite d'enquêtes de sécurité à l'extérieur du Canada lorsque ces enquêtes impliquent des personnes ayant des liens réels et important au Canada, comme en l'espèce.

[25] Plus particulièrement, le Service soutient que la décision dans l'arrêt *Hape*, précité, ne signifie pas, de manière générale, qu'en l'absence de consentement d'un État étranger ou d'un principe de droit international, comme cela a été envisagé par la Cour suprême du Canada, la Charte ne s'applique pas à toutes les fouilles,

state. Rather, it contends that *Hape* was based on the facts of that case and the principles of international law at play in the fight against transnational criminal activity, which include international co-operation and the comity of nations. It is argued that, here, different principles are at play. In matters of national security, the state always reserves the right to “go at it alone.” A state’s authority to investigate threats to its national security, by whatever means the state considers appropriate, can never be dependent on first securing the consent of another state, be it the state implicated in the threat or the state in which an individual who is implicated in the threat may be situated.

[26] To the extent that the scope of *Hape* is unclear, the Service argues a possibility exists that the security intelligence investigations outside Canada may raise Charter issues where those investigations implicate persons having a real and substantial connection to Canada, as in this case. The Service submits that the majority in *Hape* did not expressly or by necessary implication foreclose consideration of the Charter’s application in the context of security intelligence investigations outside Canada.

[27] The Service further submits that customary international practice as it relates to intelligence-gathering operations in a foreign state constitutes an overriding principle of international law that affords a basis on which to find that the Charter was intended to apply, and does apply, to security intelligence investigations outside Canada. The Service, however, produced neither evidence nor authority in support of this argument.

[28] The Service also contends that the enforceability of a warrant in a foreign state or the legality of investigative conduct in a foreign state is irrelevant to the issuance of a warrant pursuant to section 21 of the Act. In the Service’s submission, subsection 21(3) of the Act authorizes the Court to issue warrants “[n]otwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*”. It is said that “any other law” includes international law. In support of this proposition, the Service cites the following passage from the secret

les perquisitions et les saisies effectuées dans un État étranger par des policiers canadiens. Il prétend plutôt que l’arrêt *Hape* était fondé sur les faits de cette affaire et les principes de droit international en jeu dans la lutte contre les activités criminelles transnationales, ce qui comprend la coopération internationale et la courtoisie entre les États. On fait valoir que, en l’espèce, ce sont des principes différents qui s’appliquent. Dans les affaires de sécurité nationale, l’État se réserve toujours le droit de « faire cavalier seul ». Le pouvoir d’un État d’enquêter sur les menaces envers sa sécurité nationale, quels que soient les moyens jugés appropriés par l’État, ne peut jamais être tributaire de l’obtention préalable du consentement d’un autre État, que ce soit l’État impliqué dans la menace ou l’État où peut se trouver une personne impliquée dans la menace.

[26] Dans la mesure où la portée de l’arrêt *Hape* n’est pas claire, le Service fait valoir qu’il est possible que les enquêtes de sécurité à l’extérieur du Canada soulèvent des questions relatives à la Charte lorsque ces enquêtes concernent des personnes ayant des liens réels et important au Canada, comme en l’espèce. Le Service soutient que dans l’arrêt *Hape*, les juges majoritaires n’ont pas, soit expressément ou par déduction nécessaire, exclu la possibilité d’examiner l’application de la Charte dans le contexte des enquêtes de sécurité à l’extérieur du Canada.

[27] Le Service soutient en outre que la pratique internationale coutumière, pour ce qui est des opérations de collecte de renseignements dans un État étranger, constitue un principe dominant de droit international qui justifie une conclusion selon laquelle la Charte était censée s’appliquer, et s’applique bel et bien, aux enquêtes de sécurité à l’extérieur du Canada. Le Service, cependant, n’a pas produit de preuve ni de jurisprudence à l’appui de cet argument.

[28] Le Service prétend également que l’applicabilité d’un mandat dans un État étranger ou la légalité de la conduite d’une enquête dans un État étranger n’a rien à voir avec la délivrance d’un mandat en vertu de l’article 21 de la Loi. Le Service fait observer que le paragraphe 21(3) de la Loi autorise la Cour à décerner des mandats « [p]ar dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique* ». On affirme que l’expression « toute autre règle de droit » comprend le droit international. À l’appui de cette assertion, le

reasons of Mr. Justice Heald in application CSIS 4-84 issued on December 27, 1984:

Subsection 21(3) authorizes the Court to issue warrants thereunder “Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act* . . .” The sweep of the language used is clear. It surely confers paramountcy over any other law including the existing customary international law and subject only to one statute namely the *Statistics Act*. I think it crystal clear and without doubt that Parliament has expressed an unambiguous intention in the *Canadian Security Intelligence Service Act* to provide the Director with the powers contained therein to provide for the security of Canada, notwithstanding the principles of customary international law.

I note that Justice Heald’s decision related to an entirely different factual context. [Portion deleted by order of the Court]. The circumstances here are significantly different.

[29] The Service adopts the position that it is not asking the Court to authorize a violation of foreign law, although it acknowledges that the activities to be authorized by the warrant are likely to constitute a violation of foreign law. It also acknowledges that the Federal Court has no jurisdiction to authorize such activities on foreign soil and that the warrant sought on this application is not “enforceable” in the foreign jurisdiction.

[30] The Service submits that the existing statutory scheme under the Act provides the necessary authority for the Court to issue such warrants. Subsection 21(3) of the Act provides that a judge, upon being satisfied that the conditions in subsection 21(2) of the Act are met, may issue a warrant authorizing certain investigative activities. Since the empowering provision has no territorial limitation, the Service maintains that a judge of this Court has the jurisdiction to issue the warrant.

[31] The *amicus* agrees with the proposition advanced by counsel for the Service that there is no territorial limitation on the activities of CSIS related to the collection, analysis and retention of information respecting threats to the security of Canada as set forth in section 12 of the Act. According to the *amicus*, it follows that any application for a warrant under section

Service cite le passage suivant tiré des motifs secrets que le juge Heald a prononcés le 27 décembre 1984, dans le cadre de la demande SCRS 4-84 :

[TRADUCTION] Le paragraphe 21(3) autorise la Cour à décerner des mandats sous son régime « [p]ar dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, [...] » La portée de la formulation utilisée est claire. Il est incontestable que cela confère une suprématie sur toute règle de droit, y compris le droit international coutumier existant, sous la seule réserve d’une loi, à savoir la *Loi sur la statistique*. Je crois que c’est clair comme de l’eau de roche et qu’il ne fait aucun doute que le législateur a exprimé une intention non équivoque dans la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* de conférer au directeur les pouvoirs qui s’y trouvent pour assurer la sécurité du Canada, par dérogation aux principes du droit international coutumier.

Je fais remarquer que la décision du juge Heald avait été rendue dans un contexte factuel tout à fait différent. [Partie expurgée par ordonnance de la Cour]. Les circonstances en l’espèce sont nettement différentes.

[29] Le Service adopte la position qu’il ne s’agit pas de demander à la Cour d’autoriser une violation du droit étranger, même s’il reconnaît que les activités devant être autorisées par le mandat sont susceptibles de constituer une violation du droit étranger. Il reconnaît également que la Cour fédérale n’a pas compétence pour autoriser de telles activités sur le sol étranger et que le mandat demandé dans la présente demande n’est pas « exécutable » dans le ressort étranger.

[30] Le Service soutient que le système législatif existant aux termes de la Loi donne à la Cour le pouvoir nécessaire de décerner de tels mandats. Le paragraphe 21(3) de la Loi prévoit que, lorsqu’il est convaincu que les conditions énoncées au paragraphe 21(2) sont satisfaites, le juge peut décerner un mandat autorisant certaines investigations. Puisque les dispositions habilitantes n’ont aucune limite territoriale, le Service maintient qu’un juge de la Cour a compétence pour décerner le mandat.

[31] L’*amicus* souscrit à l’assertion formulée par l’avocat du Service selon laquelle il n’existe aucune limite territoriale concernant les activités du SCRS en ce qui a trait à la cueillette, à l’analyse et à la conservation d’informations au sujet des menaces envers la sécurité du Canada, tel que cela est énoncé à l’article 12 de la Loi. Selon l’*amicus*, il s’ensuit que toute demande de

21 of the Act, which is “to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada”, may extend to investigative activities of CSIS outside Canada. However, the *amicus* adopts the position that given the current state of the law, the Service could not execute a warrant obtained under section 21 of the Act and exercise its information-gathering powers in another country unless the Service had obtained the permission of the country where the targets of the warrants reside or was a party to a treaty or agreement covering exercise of its powers in that other country. The *amicus* contends that absent such a permission or treaty, the Service would be in violation of international law should its agents or officers attend another country to execute a warrant issued under section 21 of the Act and intercept communications. The *amicus* points to section 17 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25] of the Act which provides for the Service, with ministerial approval, to enter into co-operation agreements with foreign states for the purpose of performing its duties and functions under the Act. No such agreements are in evidence in respect of the intended investigative activities abroad covered under the warrant application.

[32] In his initial written submissions, the *amicus* cites the following cases by the Supreme Court of Canada in support of his arguments.

[33] *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, is cited for the proposition that section 32 of the Charter restricts its application to matters within the competence of the legislative bodies of the governments of Canada and the provinces. The Charter therefore finds no application in foreign states.

[34] The *amicus* cites *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, for the proposition that if a state permits Canada to enforce its law within its territory for limited purposes, the Charter would apply. In *Cook*, the Supreme Court of Canada found that notwithstanding the general prohibition in international law against extraterritorial application of domestic law, the Charter can, in certain rare circumstances, apply beyond Canada’s borders. The Court found that such circumstances arise where “the impugned act falls within the scope of s. 32(1) of the *Charter* on the jurisdictional basis of the nationality of

mandat en vertu de l’article 21 de la Loi, qui vise à « permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada », peut s’étendre aux méthodes d’enquêtes du SCRS à l’extérieur du Canada. Toutefois, l’*amicus* a adopté la position selon laquelle, compte tenu de l’état actuel du droit, le Service ne pourrait pas exécuter un mandat obtenu en vertu de l’article 21 de la Loi et exercer ses pouvoirs de cueillette d’informations dans un autre pays, à moins qu’il ait obtenu la permission du pays où les cibles des mandats résident ou qu’il ait été partie à un traité ou à une entente englobant l’exercice de ses pouvoirs dans cet autre pays. L’*amicus* prétend qu’en l’absence d’une telle permission ou d’un tel traité, le Service violerait le droit international si ses agents se rendaient dans un autre pays pour exécuter un mandat décerné en vertu de l’article 21 de la Loi et interceptaient des communications. L’*amicus* a attiré notre attention sur l’article 17 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25] de la Loi, lequel permet au Service, avec l’approbation du ministre, de conclure des ententes de coopération avec des États étrangers dans l’exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la Loi. Aucune entente de ce genre n’a été déposée en preuve relativement aux méthodes d’enquêtes envisagées à l’étranger et comprises dans la demande de mandat.

[32] Dans ses premières observations écrites, l’*amicus* cite à l’appui de ses arguments les arrêts suivants de la Cour suprême du Canada.

[33] *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, est cité concernant l’assertion selon laquelle l’article 32 de la Charte limite son application aux affaires relevant des corps législatifs des gouvernements du Canada et des provinces. La Charte ne s’applique donc pas dans les pays étrangers.

[34] L’*amicus* cite *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, au sujet de l’assertion selon laquelle, si un pays permettait au Canada de faire appliquer ses lois sur le territoire de ce pays à des fins limitées, la Charte s’appliquerait. Dans l’arrêt *Cook*, la Cour suprême du Canada a conclu que, malgré le fait qu’en droit international, l’application extraterritoriale des lois nationales soit interdite de manière générale, la Charte peut, dans de rares circonstances, s’appliquer au-delà des frontières du Canada. La Cour a conclu qu’il s’agit de cas où « l’acte reproché est visé par le par. 32(1) de la *Charte* en raison

the state law enforcement authorities engaged in governmental action, and where the application of *Charter* standards will not conflict with the concurrent territorial jurisdiction of the foreign state” (see *Cook*, at paragraph 48).

Analysis

[35] The Service, in its submissions to the Court, speaks of the “enforceability” of the warrant. This is misplaced and a potentially confusing use of language. In contrast to laws that are enforced, warrants are executed. The warrant powers sought are essentially directed at collecting information and intelligence. It is acknowledged by all concerned that while such warrants may be issued in Canada, the Court has no jurisdiction in respect of the execution of the warrant in a foreign state. What matters, for our purpose, is whether the Court has the authority to issue the warrant for investigative activities which are intended to be executed in a foreign state. The answer must be found in the enabling statute, to which I now turn.

[36] The Service contends, based on its argument which I summarized in paragraphs 22, 27 and 28 above, that it is not limited to Canadian territory in the exercise of its section 12 mandate and as a consequence, the Court’s warrant oversight authority under section 21 of the Act also extends extraterritorially. As a result, the Service argues that the Court has authority pursuant to section 21 of the Act, to issue the warrant sought.

[37] The Act does not expressly provide an extraterritorial mandate for the Service to engage in investigative activities in the nature of the activities sought to be authorized by the warrant. Section 21 of the Act, which provides for the Court’s warrant oversight, also contains no express provision vesting the Court with jurisdiction to authorize such extraterritorial activities. Both sections 12 and 21 are silent on the issue of territoriality. The question to be resolved is whether, in the absence of express statutory authority for the Service to engage in the extraterritorial activities at issue, the Court has jurisdiction to issue a warrant authorizing

de la nationalité des autorités policières de l’État qui participent aux actes du gouvernement, et où l’application des normes imposées par la *Charte* n’entre pas en conflit avec la compétence territoriale concurrente de l’État étranger » (voir *Cook*, au paragraphe 48).

Analyse

[35] Dans les observations qu’il a formulées à la Cour, le Service parle de [TRADUCTION] l’« applicabilité » (*enforceability*) du mandat. Il s’agit d’un libellé peu judiciaire ou susceptible d’engendrer de la confusion. Contrairement aux lois qui sont appliquées, les mandats sont exécutés. Les pouvoirs conférés par mandat que l’on cherche à obtenir visent essentiellement la collecte d’informations et de renseignements. Tous les intéressés reconnaissent que, bien que de tels mandats puissent être décernés au Canada, la Cour n’a aucune compétence en ce qui a trait à l’exécution du mandat dans un pays étranger. Ce qui importe, aux fins des présents motifs, c’est la question de savoir si la Cour a le pouvoir de décerner le mandat pour des méthodes d’enquêtes qu’on envisage d’employer dans un pays étranger. La réponse doit se trouver dans la loi habilitante, un point que je vais maintenant examiner.

[36] Le Service prétend, sur le fondement de son argumentation que j’ai résumée aux paragraphes 22, 27 et 28 ci-dessus, que l’exercice de sa mission aux termes de l’article 12 n’est pas limité au territoire canadien et que, par conséquent, le pouvoir de surveillance de la Cour relatif aux mandats, aux termes de l’article 21 de la Loi, s’étend à l’extérieur du territoire national. Il en découle, selon le Service, que la Cour a le pouvoir, en vertu de l’article 21 de la Loi, de décerner le mandat demandé.

[37] La Loi ne donne pas expressément au Service une mission extraterritoriale d’utiliser des méthodes d’enquêtes s’apparentant à celles qui seraient autorisées par le mandat. L’article 21 de la Loi qui prévoit pour la Cour un pouvoir de surveillance relatif aux mandats, ne contient non plus aucune disposition expresse conférant à la Cour le pouvoir d’autoriser de telles activités extraterritoriales. Les articles 12 et 21 sont tous les deux silencieux sur la question de la territorialité. La question à trancher est de savoir si, en l’absence d’un pouvoir conféré par une loi permettant au Service d’exercer les activités extraterritoriales en cause, la Cour a

extraterritorial activities. To answer this question, I turn to the established principles of statutory interpretation.

[38] In order to construe the applicable provisions that concern us, it is useful to turn to the modern principle of statutory interpretation as articulated by Professor Driedger, in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., Toronto: Butterworths, 2002, at pages 1 and 10 and which provides that the “words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.” This principle is often cited and relied upon by Canadian courts. It was declared to be the preferred approach of the Supreme Court of Canada in *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. The modern principle guides us in determining whether the meaning of the legislative text is plain or ambiguous. If the text has plain meaning, then extratextual evidence of legislative intent, such as legislative history and international law, will be inadmissible to contradict that plain meaning. If however, the text is ambiguous or uncertain, then extratextual factors may be considered in interpreting the legislative text. The question to be determined here is whether it can be inferred from the plain meaning of applicable provisions, read in their entire context, that the Court has the jurisdiction to issue the warrant sought.

[39] In construing the applicable legislative provisions, I have considered the following factors:

- (i) The express territorial limitation in section 16 of the Act which provides for the collection of information concerning foreign states and persons “within Canada”;
- (ii) The absence of express territorial limitation in section 12 which provides for the collection, analysis and retention of information and intelligence relating to threats to the security of Canada;
- (iii) The definition of “threats to the security of Canada” provided for in section 2 of the Act, which includes: “(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence

compétence pour décerner un mandat autorisant des activités extraterritoriales. Pour répondre à cette question, je vais me pencher sur les principes établis relatifs à l’interprétation législative.

[38] Dans le but d’interpréter les dispositions applicables qui nous concernent, il est utile d’examiner le principe moderne d’interprétation législative, tel qu’il est exprimé par le professeur Driedger dans l’ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd., Toronto : Butterworths, 2002, aux pages 1 et 10, qui précise qu’il [TRADUCTION] « 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 ». Ce principe est souvent cité et appliqué par les tribunaux canadiens. Dans l’arrêt *Rizzo and Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, la Cour suprême du Canada a déclaré qu’il s’agissait de la méthode qu’elle privilégiait. Le principe moderne nous guide lorsqu’il s’agit de déterminer si le sens d’un texte législatif est évident ou ambigu. Si le sens du texte est évident, une preuve extratextuelle de l’intention du législateur, telle que l’origine du texte et le droit international, sera alors inadmissible pour contredire ce sens évident. Si toutefois, le texte est ambigu ou a un sens incertain, des facteurs extratextuels peuvent alors être pris en compte dans l’interprétation du texte législatif. La question à trancher en l’espèce est de savoir si on peut inférer du sens évident des dispositions applicables, lues dans leur contexte global, que la Cour a compétence pour décerner le mandat demandé.

[39] Pour interpréter les dispositions législatives applicables, j’ai tenu compte des facteurs suivants :

- i) La limite territoriale expresse prévue à l’article 16 de la Loi, qui prévoit la collecte d’informations sur les États étrangers et les personnes « dans les limites du Canada »;
- ii) L’absence de limite territoriale expresse dans l’article 12 de la Loi, qui prévoit la collecte, l’analyse et la conservation des informations et des renseignements sur les menaces envers la sécurité du Canada;
- iii) La définition de « menaces envers la sécurité du Canada » que l’on trouve à l’article 2 de la Loi, laquelle comprend : « c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence

against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state” (my emphasis); and

(iv) The absence of any territorial reference in section 21 of the Act, the section which provides for judicial control on warrant applications. The Service contends that the Court’s oversight role should therefore extend to the Service’s section 12 mandate, which it argues is extraterritorial in scope.

Upon considering the applicable provisions of the Act and the above factors, I am unable to attribute a plain, or sufficiently clear, meaning to the provisions in terms of their extraterritorial application. While the language of the legislative text may allow for an inference to be drawn in respect of a mandate for the Service to conduct certain activities extraterritorially, that inference is not sufficiently obvious to provide a basis to conclude that the Service has a clear mandate to conduct the activities sought to be authorized in the warrant in countries other than Canada, and that the Court has jurisdiction to authorize such activities. In my view, such a construction cannot be taken or implied from the applicable provisions of the Act, read together.

[40] Flowing from this lack of clarity, I will now turn to certain extratextual factors to assist in interpreting the legislative provisions. I will first deal with legislative history. The Service adduced two specific excerpts from the McDonald Commission [Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police] (see Schedule B) in support of its position and which recommend that the security intelligence agency should: (i) not be required to confine its intelligence collection and countering activities to Canadian soil; and (ii) be permitted to carry out certain investigative activities abroad. I have included the two excerpts in Schedule B as well as other recommendations of the McDonald Commission which outline a “clear and effective system of control” to ensure that the conduct of such activities is always within the mandate of the agency. It is interesting to note that many of these recommendations regarding controls were not included in subsequent legislation.

grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger » (non souligné dans l’original);

(iv) L’absence de référence territoriale dans l’article 21 de la Loi, l’article qui prévoit le contrôle judiciaire des demandes de mandat. Le Service prétend que le rôle de surveillance de la Cour devrait donc s’étendre à la mission du Service aux termes de l’article 12 de la Loi, lequel aurait, fait-il valoir, une portée extraterritoriale.

Après examen des dispositions applicables de la Loi et des facteurs susmentionnés, je ne suis pas en mesure de leur donner un sens évident, ou suffisamment clair, en ce qui a trait à leur application extraterritoriale. Le libellé du texte législatif peut permettre de tirer une inférence relativement à une mission donnée au Service de mener certaines activités à l’extérieur du territoire national, mais cette inférence n’est pas suffisamment manifeste pour permettre de conclure que le Service a une mission claire de mener les activités qu’il vise à faire autoriser dans le mandat, et ce, dans d’autres pays que le Canada et que la Cour a compétence pour autoriser ce genre d’activités. À mon avis, les dispositions applicables de la Loi, prises dans leur ensemble, ne peuvent donner lieu, expressément ou implicitement, à une telle interprétation.

[40] Il résulte de ce manque de clarté que je dois maintenant examiner certains facteurs extratextuels pouvant m’aider à interpréter les dispositions législatives. Je commencerai par l’origine du texte. Le Service a déposé deux extraits précis tirés de la Commission McDonald [Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada] (voir l’annexe B) à l’appui de sa position, laquelle recommande que le service de renseignements pour la sécurité : i) ne devrait pas être obligé de limiter ses contre-mesures et la collecte de renseignements au seul territoire canadien; et ii) qu’on devrait l’autoriser à utiliser certaines méthodes d’enquête à l’étranger. Les deux extraits se trouvent à l’annexe B, de même que d’autres recommandations de la Commission McDonald qui exposent un « système de contrôle clair et efficace » pour s’assurer que ces activités sont toujours exercées dans le cadre de la mission du service. Il est intéressant de noter qu’un bon nombre de ces recommandations concernant les contrôles n’ont pas été intégrées dans la mesure législative subséquente.

[41] While this information might be of historical interest, what matters for our purpose is Parliament's intention. The only evidence adduced from proceedings in the House of Commons with respect to Bill C-9, the precursor to the Act, is reported in *Minutes of Proceedings and Evidence* of the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, 2nd Sess., 32nd Parl., No. 9 (April 2, 1984), at page 9:25. The then-Solicitor General, Robert Kaplan, in response to a question respecting extraterritorial activities of the Service stated:

Ms. Kaplan:

There is no statutory requirement that the entire activities of the Security Intelligence Service be performed in Canada. I think that would be unduly inhibiting. If for example — and this is very common, and you know it . . . an individual who is under surveillance, or who is a source of the Security Service, has some purpose for leaving the country in relation to the activities the security Service is interested in putting under surveillance, they may very well want to become aware of what he does on his trip.

This evidence is insufficient to permit an inference to be drawn that Parliament intended the Service to be provided with a mandate to conduct investigative activities in the nature of those contemplated in the warrant sought to be authorized. Further, the evidence is silent with respect to the Court's jurisdiction to authorize such activities. Based on the limited evidence before me, the legislative history fails to establish a clear intention by Parliament with respect to the extraterritorial reach of the Service's activities in a country other than Canada, and particularly regarding the Court's role in authorizing such activities.

[42] I will now turn to the principles of international law as a guide to construing the legislation. It is argued that the applicable legislative provisions here provide for judicial authorization of investigative activities in a country other than Canada. To that end, the legislation has an extraterritorial effect and can be said to be extraterritorial legislation. The activities sought to be authorized by the warrant fall under Canada's enforcement or adjudicative jurisdictions as defined by the Supreme Court in *Hape*, at paragraph 58.

[41] Bien que cette information puisse être d'un intérêt historique, ce qui importe aux fins de la présente analyse, c'est l'intention du législateur. Le seul élément de preuve produit provenant des travaux de la Chambre des communes relatifs au projet de loi C-9, le précurseur de la Loi, est publié dans les *Procès-verbaux et témoignages* du Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, fascicule n° 9, le 2 avril 1984, 2^e sess., 32^e lég., à la page 9:25. Le solliciteur général de l'époque, M. Robert Kaplan, en réponse à une question sur les activités extraterritoriales du Service avait déclaré :

Ms. Kaplan:

Rien n'oblige, de par la loi, que toutes les activités du Service canadien du renseignement se déroulent au Canada. Je crois que ce serait beaucoup trop restrictif. Si par exemple . . . et c'est très commun, et vous le savez fort bien . . . une personne que l'on surveille ou qui se trouve être une source pour le Service de renseignements a quelques raisons de se rendre à l'extérieur du pays pour des motifs ayant trait aux activités auxquelles s'intéresse le Service de renseignements et qui sont d'ailleurs la raison même pour laquelle cette personne est surveillée, il se pourrait fort bien que le Service de renseignements veuille savoir ce que fait cette personne pendant son voyage.

La preuve est insuffisante pour permettre de tirer une inférence selon laquelle le législateur avait l'intention d'attribuer au Service une mission consistant à faire utiliser des méthodes d'enquêtes s'apparentant à celles envisagées dans le mandat dont on vise l'autorisation. En outre, la preuve est silencieuse en ce qui concerne la compétence de la Cour d'autoriser de telles activités. Compte tenu du peu d'éléments de preuve dont je dispose, l'origine du texte ne démontre pas une intention claire du législateur quant à la portée extraterritoriale des activités du Service dans un pays autre que le Canada et, en particulier, concernant le rôle de la Cour dans l'autorisation de telles activités.

[42] Je vais maintenant examiner les principes de droit international qui peuvent guider l'interprétation de la mesure législative. On a fait valoir que les dispositions législatives applicables en l'espèce prévoyaient une autorisation judiciaire quant aux investigations dans un pays autre que le Canada. À cette fin, la mesure législative a un effet extraterritorial et on peut affirmer qu'il s'agit d'une mesure législative extraterritoriale. Les activités que l'on vise à faire autoriser par le mandat relèvent de la compétence d'exécution ou de la

[43] Justice LeBel equates “enforcement or executive” jurisdiction to “investigative” jurisdiction, which refers to the ability of the police “or other government actors” to investigate a matter. The Service and its agents in conducting the investigative activities in a foreign state can therefore be said to be acting under Canada’s investigative jurisdiction.

[44] The Service may also be operating under the adjudicative jurisdiction of the state, which refers to the Court’s power to resolve disputes or interpret the law through binding decisions. Here, the warrant is issued pursuant to a Court decision.

[45] In construing the applicable provisions of the Act in circumstances that involve investigative activities in countries other than Canada, the Supreme Court of Canada teaches that the principles of international law need be considered. The Court has repeatedly confirmed the relevancy of international law norms and values in the interpretation of domestic law. (See *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241.)

[46] At paragraph 53 of its reasons in *Hape*, the Court affirmed the well-established principle of statutory interpretation that legislation is presumed to conform to international law. The Supreme Court explained that this presumption of conformity is based on the rule of judicial policy that, as a matter of law, a court will strive to avoid construction of domestic law pursuant to which the state would be in violation of its international obligations, unless the wording of the statute clearly compelled that result. It is expected that “[i]n deciding between possible interpretations, courts will avoid a construction that would place Canada in breach of those obligations.”

compétence juridictionnelle du Canada, telles qu’elles sont définies par la Cour suprême dans l’arrêt *Hape*, précité, au paragraphe 58.

[43] Le juge LeBel assimile la compétence d’« exécution » à la compétence d’« enquête », laquelle réfère au pouvoir de la police « ou d’autres acteurs étatiques » de faire enquête. On peut donc affirmer que, lorsqu’ils utilisent des méthodes d’enquêtes dans un État étranger, le Service et ses agents agissent dans le cadre de la compétence d’enquête du Canada.

[44] Le Service peut également exercer ses activités dans le cadre de la compétence juridictionnelle de l’État, laquelle réfère au pouvoir de la Cour de régler les litiges ou d’interpréter le droit par des décisions exécutoires. En l’espèce, le mandat est décerné aux termes d’une décision de la Cour.

[45] Lors de l’interprétation de dispositions législatives applicables, dans le cas de l’utilisation de méthodes d’enquêtes dans d’autres pays que le Canada, la Cour suprême du Canada enseigne que les principes de droit international doivent être pris en considération. La Cour a confirmé à maintes reprises la pertinence des normes et les valeurs de droit international dans l’interprétation du droit interne. (Voir les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241.)

[46] Au paragraphe 53 de ses motifs dans l’arrêt *Hape*, la Cour suprême a confirmé le principe d’interprétation législative bien établi selon lequel une loi est réputée conforme au droit international. La Cour suprême a expliqué que cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d’éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l’État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat. On s’attend à ce que, « [a]ppelé à choisir entre diverses interprétations possibles, le tribunal doit éviter celles qui emporteraient la violation de ces obligations [par le Canada] ».

[47] The Supreme Court of Canada also affirmed that the principle of international comity which “induces every sovereign state to respect the independence and dignity of every other sovereign state”, will bear on the interpretation of our laws — “statutory and constitutional” — where such laws could have an impact on the sovereignty of other states (see *Hape*, at paragraphs 47 and 48).

[48] In *Hape*, the Supreme Court of Canada also adopts the proposition that customary rules of international law are directly incorporated into Canadian domestic law unless explicitly ousted by contrary legislation. Justice LeBel, writing for the majority, states that Parliament may violate international law, “but that it must do so expressly.” At paragraph 39 of his reasons for judgment he writes:

In my view, following the common law tradition, it appears that the doctrine of adoption operates in Canada such that prohibitive rules of customary international law should be incorporated into domestic law in the absence of conflicting legislation. The automatic incorporation of such rules is justified on the basis that international custom, as the law of nations, is also the law of Canada unless, in a valid exercise of its sovereignty, Canada declares that its law is to the contrary. Parliamentary sovereignty dictates that a legislature may violate international law, but that it must do so expressly. Absent an express derogation, the courts may look to prohibitive rules of customary international law to aid in the interpretation of Canadian law and the development of the common law. [My emphasis.]

[49] In *Hape*, at paragraph 68, the Supreme Court of Canada further declares that Parliament’s “clear constitutional authority” to enact legislation with extraterritorial effect is informed by the “binding customary principles of ... international law”, which prohibit interference with the sovereignty and domestic affairs of other states. At paragraph 45 of his reasons, Mr. Justice LeBel writes:

Each state’s exercise of sovereignty within its territory is dependent on the right to be free from intrusion by other states in its affairs and the duty of every other state to refrain from interference.

[47] La Cour suprême du Canada a également affirmé que le principe de la courtoisie internationale, qui [TRADUCTION] « incite autre État souverain à respecter l’indépendance [...] de tout autre État souverain », influencera l’interprétation d’un texte « législatif ou constitutionnel » lorsque ce texte sera susceptible d’avoir une incidence sur la souveraineté d’un autre État (voir l’arrêt *Hape*, aux paragraphes 47 et 48).

[48] Dans l’arrêt *Hape*, la Cour suprême du Canada retient la thèse selon laquelle les règles du droit international coutumier sont directement incorporées au droit interne canadien, sauf disposition législative expressément contraire. Le juge LeBel, s’exprimant au nom de la majorité, déclare que le législateur peut contrevenir au droit international, « mais seulement expressément ». Au paragraphe 39 de ses motifs, il écrit ce qui suit :

À mon avis, conformément à la tradition de la common law, il appert que la doctrine de l’adoption s’applique au Canada et que les règles prohibitives du droit international coutumier devraient être incorporées au droit interne sauf disposition législative contraire. L’incorporation automatique des règles prohibitives du droit international coutumier se justifie par le fait que la coutume internationale, en tant que droit des nations, constitue également le droit du Canada à moins que, dans l’exercice légitime de sa souveraineté, celui-ci ne déclare son droit interne incompatible. La souveraineté du Parlement permet au législateur de contrevenir au droit international, mais seulement expressément. Si la dérogation n’est pas expresse, le tribunal peut alors tenir compte des règles prohibitives du droit international coutumier pour interpréter le droit canadien et élaborer la common law. [Non souligné dans l’original.]

[49] Dans l’arrêt *Hape*, au paragraphe 68, la Cour suprême du Canada déclare en outre que « [l]a Constitution autorise clairement » le Parlement à adopter des lois de portée extraterritoriale et que l’application de ce pouvoir est éclairée par les « principes coutumiers contraignants de l’égalité souveraine et de la non-intervention, la courtoisie entre les nations et les règles du droit international », lesquels interdisent de porter atteinte à la souveraineté d’un autre État et de s’immiscer dans ses affaires intérieures. Au paragraphe 45 de ses motifs, le juge LeBel écrit ce qui suit :

L’exercice de la souveraineté tient au droit d’un État d’échapper à toute ingérence étrangère et à l’obligation des autres États de s’abstenir de s’ingérer dans ses affaires.

[50] The intrusive activities that are contemplated in the warrant sought are activities that clearly impinge upon the above-stated principles of territorial sovereign equality and non-intervention. Further, the activities are likely to violate the laws of the jurisdiction where the investigative activities are to occur. This is not disputed by the Service. The *amicus* maintains that there is no evidence which would allow the Court to make such a determination. In my view, to require such evidence to be adduced would be to place a heavy burden on the Service. The Service intends to execute the warrant wherever the targets are located. Understandably, no specific foreign state is identified in the application since the Service is likely unable to predict where these targets may travel once they leave Canada. It is therefore difficult, if not impossible, to lead evidence as to the legality of the investigative activities sought to be authorized in a given jurisdiction at the application stage, since no foreign state is identified.

[51] Among the powers sought to be authorized under the warrant are: the ability to obtain access, install any thing [portion deleted by order of the Court]; search for, examine, take extracts from, make copies of, or otherwise record information. Given the intrusive nature of the activities at issue, it is reasonable to infer that the activities are likely to violate the laws of the jurisdiction(s) where the warrant is to be executed. In any event, absent consent of the foreign state, the investigative activities at issue impinge upon the territorial sovereignty of the foreign state.

[52] By authorizing such activities, the warrant would therefore be authorizing activities that are inconsistent with and likely to breach the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention, by the comity of nations. These prohibitive rules of customary international law (*Hape*, at paragraph 39) have evolved to protect the sovereignty of nation states against interference from other states. Antonio Cassese, a renowned international law jurist, cited in *Hape* [at paragraph 40], referred to the “sovereign equality of nations” as “the linchpin of the whole body of international legal standards, the fundamental premise on which all international relations

[50] Les activités comportant intrusion envisagées dans le mandat demandé sont des activités qui contreviennent clairement aux principes susmentionnés de l'égalité souveraine et de la non-intervention. En outre, les investigations sont susceptibles de violer les lois du ressort où elles doivent être menées. Le Service ne le conteste pas. L'*amicus* maintient qu'il n'existe aucune preuve permettant à la Cour de trancher ce point. À mon avis, le fait d'exiger qu'une telle preuve soit produite imposerait au Service un lourd fardeau. Celui-ci a l'intention d'exécuter le mandat peu importe où les cibles se trouvent. Naturellement, la demande ne fait mention d'aucun État étranger en particulier, puisque le Service est sans doute incapable de prévoir où ces cibles peuvent se rendre une fois qu'elles ont quitté le Canada. Il est donc difficile, voire impossible, de présenter une preuve quant à la légalité, dans un ressort donné, des investigations dont on vise l'autorisation, et ce, à l'étape de la demande, puisque aucun État étranger n'est désigné.

[51] Parmi les pouvoirs dont on demande l'autorisation aux termes du mandat, il y a : la capacité d'obtenir l'accès à des informations; d'installer tout objet [partie expurgée par ordonnance de la Cour] de rechercher, d'examiner, de tirer des extraits, de faire des copies ou d'enregistrer autrement des renseignements. Compte tenu du fait que les activités en cause comportent intrusion, il est raisonnable d'inférer que ces activités sont susceptibles de violer les lois des ressorts où le mandat sera exécuté. De toute façon, en l'absence de consentement de l'État étranger, les investigations en question portent atteinte à la souveraineté territoriale de cet État.

[52] En autorisant de telles activités, le mandat se trouverait dès lors à autoriser des activités qui sont incompatibles avec les principes coutumiers contraignants de l'égalité souveraine et de la non-intervention, ainsi qu'avec la courtoisie entre les nations, et qui sont susceptibles d'y contrevenir. Ces règles prohibitives du droit international coutumier (*Hape*, au paragraphe 39) ont évolué pour protéger la souveraineté des États contre l'ingérence de la part des autres États. Pour M. Antonio Cassese, un éminent expert en droit international, cité dans l'arrêt *Hape* [au paragraphe 40], l'« égalité souveraine des États » [TRANSDUCTION] « constitue la pierre angulaire de

rest” [in *International Law*, 2nd ed., at page 48]. As stated earlier in these reasons, these “prohibitive rules of customary international law” are directly incorporated into Canadian domestic law.

[53] The Service argues that the principles of international law at play in matters of national security are different and that the customary international practice as it relates to intelligence-gathering operations in a foreign state constitutes an overriding principle of international law that affords a basis on which to find that the Charter was intended to apply, and does apply, to security intelligence investigations outside Canada. I am not persuaded that in the national security context, the practice of “intelligence-gathering operations” in foreign states is recognized as a “customary practice” in international law. Again, no evidence or authority was adduced in support of this contention. I will deal with the Service’s Charter arguments later in these reasons.

[54] As stated in *Hape*, at paragraph 65, extraterritorial jurisdiction is governed by international law rather than being at the absolute discretion of the individual state. Extraterritorial jurisdiction, prescriptive, enforcement or adjudicative, exists under international law and is subject to the strict limits under international law based on sovereign equality, non-intervention and the territorial principle. As discussed earlier in these reasons, it is well established that a state’s laws cannot apply within the territory of another state absent either the consent of that state, or in exceptional cases, some other basis under international law (see *Hape*, at paragraph 65). No other basis under international law has been put before me that would warrant displacing the above-stated principles of sovereign equality, non-intervention and territoriality recognized by the Supreme Court of Canada as “binding customary principles” of international law.

[55] In construing the applicable provisions of the Act, I am guided by the principle of statutory interpretation that legislation is presumed to conform to international

l’ensemble des normes juridiques internationales, le postulat fondamental sur lequel reposent toutes les relations internationales » [dans *International Law*, 2^e éd., à la page 48]. Comme je l’ai déjà mentionné dans les présents motifs, ces « règles prohibitives du droit international coutumier » sont directement incorporées au droit interne canadien.

[53] Le Service fait valoir que les principes de droit international en jeu dans les affaires de sécurité nationale sont différents et que la pratique internationale coutumière, pour ce qui est des opérations de collecte de renseignements dans un État étranger, constitue un principe dominant de droit international qui justifie une conclusion selon laquelle la Charte était censée s’appliquer, et s’applique bel et bien, aux enquêtes de sécurité à l’extérieur du Canada. Je ne suis pas convaincu que, dans le contexte de la sécurité nationale, la pratique des « opérations de collecte de renseignements » dans des États étrangers est reconnue comme une « pratique coutumière » en droit international. Encore une fois, on n’a présenté aucune preuve ni aucune jurisprudence à l’appui de cette thèse. Je traiterai plus loin des arguments du Service relatifs à la Charte.

[54] Comme il a été mentionné dans l’arrêt *Hape*, au paragraphe 65, la compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève donc pas de la seule volonté des États individuels. Le droit international reconnaît la compétence extraterritoriale normative, d’exécution ou juridictionnelle et il lui impose des limites strictes fondées sur les principes de l’égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité. Comme je l’ai déjà mentionné dans les présents motifs, il est bien établi que les lois d’un État s’appliquent à l’étranger seulement s’il obtient le consentement de l’État en cause ou, à titre exceptionnel, si le droit international l’y autorise par ailleurs (voir l’arrêt *Hape*, au paragraphe 65). On ne m’a présenté aucun autre fondement dans le droit international qui supplanterait les principes susmentionnés de l’égalité souveraine, de la non-intervention et de la territorialité reconnus par la Cour suprême du Canada comme étant des « principes coutumiers contraignants » de droit international.

[55] Pour interpréter les dispositions applicables de la Loi, je m’appuie sur les principes d’interprétation législative selon lesquels le texte est présumé être

law. Applying the above-stated principles, I am unable to construe the applicable provisions of the Act, as drafted, as providing the Court with a jurisdictional basis to issue the warrant sought. To do so would require that I read into the applicable provisions of the Act, a jurisdiction for the Court to authorize activities that violate the above-stated principles of customary international law. As stated earlier in these reasons, such a mandate must be expressly provided for in the Act. Given the principles of law in play, and guided by the teachings of the Supreme Court of Canada in *Hape*, I am left to conclude that, absent an express enactment authorizing the Court to issue an extraterritorial warrant, the Court is without jurisdiction to issue the warrant sought.

[56] My above finding is determinative of the application. I will nevertheless now turn to the arguments raised by the Service in respect to the extraterritorial application of the Charter and the Code in the context of the warrant sought. These arguments were the main focus of the Service's submissions before the Court.

[57] The Service's main contention in this application is that the warrant sought is required to ensure that Canadian agents engaged in executing the warrant abroad do so in conformity with Canadian law since the impugned investigative activities may, absent the warrant, breach the Charter and contravene the Code. I will address first the Charter and the Service's position that the majority in *Hape* did not expressly or by necessary implication foreclose consideration of the Charter's application in the context of security intelligence investigations outside Canada.

[58] The Charter serves as a constitutional instrument to enshrine rights. It does not endow any powers. Canadian law is subject to the Charter, and may be challenged in circumstances where its application impinges Charter rights. Charter issues arise only with the application of Canadian law. In *Hape*, the Supreme Court of Canada confirmed that the Charter is subject to the same jurisdictional limits as Canada's other laws. It concluded that Canadian law is unenforceable in another

conforme au droit international. Après avoir appliqué les principes susmentionnés, je ne suis pas en mesure de donner aux dispositions applicables de la Loi, telles qu'elles ont été rédigées, une interprétation selon laquelle elles habiliteraient la Cour à décerner le mandat demandé. Cela reviendrait à exiger que j'attache un sens aux dispositions applicables de la Loi, un pouvoir confié à la Cour d'autoriser des activités qui contreviennent aux principes susmentionnés du droit international coutumier. Comme je l'ai déjà mentionné dans les présents motifs, une telle mission doit être expressément prévue dans la Loi. Compte tenu des principes de droit en jeu, et fondé sur les renseignements donnés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hape*, il me faut conclure que, en l'absence d'un texte législatif autorisant la Cour à décerner un mandat extraterritorial, celle-ci n'a pas compétence pour décerner le mandat demandé.

[56] Ma conclusion susmentionnée est déterminante quant à l'issue de la demande. Je vais néanmoins aborder maintenant les arguments soulevés par le Service relativement à l'application extraterritoriale de la Charte et du Code dans le contexte du mandat demandé. Ces arguments constituaient l'aspect principal des observations que le Service a formulées à la Cour.

[57] La principale allégation du Service dans le cadre de la présente demande, c'est que le mandat sollicité est requis pour s'assurer que les agents canadiens chargés d'exécuter le mandat à l'étranger le font conformément au droit canadien, puisque les investigations contestées peuvent, en l'absence d'un mandat, violer la Charte et contrevenir au Code. Je traiterai d'abord de la Charte et de la position du Service selon laquelle, dans l'arrêt *Hape*, les juges majoritaires n'ont pas, soit expressément ou par déduction nécessaire, exclu la possibilité d'examiner l'application de la Charte dans le contexte des enquêtes de sécurité à l'extérieur du Canada.

[58] La Charte sert d'instrument constitutionnel pour enchâsser des droits. Elle ne dote d'aucun pouvoir. Le droit canadien est assujéti à la Charte et il peut faire l'objet d'une contestation lorsque son application porte atteinte aux droits garantis par la Charte. Ce n'est que l'application du droit canadien qui peut soulever des questions relatives à la Charte. Dans l'arrêt *Hape*, la Cour suprême du Canada a confirmé que la Charte demeure sujette aux mêmes limites d'application que les

state's territory without that state's consent. At paragraph 69 of its reasons, Mr. Justice LeBel wrote:

As the supreme law of Canada, the *Charter* is subject to the same jurisdictional limits as the country's other laws or rules. Simply put, Canadian law, whether statutory or constitutional, cannot be enforced in another state's territory without the other state's consent. This conclusion, which is consistent with the principles of international law, is also dictated by the words of the *Charter* itself. The *Charter*'s territorial limitations are provided for in s. 32, which states that the *Charter* applies only to matters that are within the authority of Parliament or the provincial legislatures. In the absence of consent, Canada cannot exercise its enforcement jurisdiction over a matter situated outside Canadian territory. Since effect cannot be given to Canadian law in the circumstances, the matter falls outside the authority of Parliament and the provincial legislatures.

[59] The issue before the Court in *Hape* concerned the application of the Charter to investigations conducted by Canadian officers outside Canada. The Service argues that the case can be distinguished since *Hape* involved a criminal investigation, and in this case the investigative activities are not intended to gather evidence for a criminal prosecution, but rather to enable the Service to carry out its mandate as provided for in the Act.

[60] I am not convinced that *Hape* can be so easily distinguished. While it is true that *Hape* did not deal with security intelligence investigations outside Canada, and that the objective or ultimate purpose of the investigative activities may be different, the investigative activities of the Canadian police officers in *Hape* and those intended by agents of the Service pursuant to the warrant sought both engage the "investigative jurisdiction" of the Canadian state.

[61] In my view, the pronouncements in *Hape* articulate the current state of Canadian law on its applicability, including the Charter, on matters that arise as a result of the extraterritorial investigative jurisdiction of the Canadian state. In *Hape*, at paragraph 58, the Supreme Court of Canada provided the following guidance in respect of the distinctions to be drawn

autres textes législatifs du pays. Elle a conclu que le droit canadien n'est pas susceptible d'application sur le territoire d'un autre État sans le consentement de cet État. Dans ses motifs, le juge LeBel écrit ce qui suit, au paragraphe 69 :

En tant que loi suprême du Canada, la *Charte* demeure soumise aux mêmes limites d'application que les autres textes législatifs ou réglementaires du pays. Qu'il soit de nature législative ou constitutionnelle, le droit canadien ne peut tout simplement pas être appliqué à l'étranger sans le consentement de l'État en cause. Cette conclusion découle non seulement des principes du droit international, mais aussi du texte même de la *Charte*, dont l'art. 32 précise qu'elle ne s'applique qu'aux domaines relevant du Parlement ou des législatures provinciales. S'il n'obtient pas le consentement de l'autre État, le Canada ne peut exercer sa compétence d'exécution lorsque l'objet de cette dernière se trouve sur le territoire de cet autre État. Comme il ne peut alors être donné effet au droit canadien, le domaine échappe à la compétence du Parlement et des législatures provinciales.

[59] Dans l'arrêt *Hape*, la question en litige dont était saisie la Cour suprême du Canada avait trait à l'application de la Charte aux enquêtes menées par des policiers canadiens à l'étranger. Le Service fait valoir qu'on peut faire la distinction d'avec cette affaire, puisque l'arrêt *Hape* concernait une enquête criminelle et que, en l'espèce, les méthodes d'enquêtes n'ont pas pour but de recueillir de la preuve dans le cadre d'une poursuite au criminel, mais plutôt de permettre au Service de remplir sa mission prévue dans la Loi.

[60] Je ne suis pas convaincu qu'on peut faire si facilement une distinction d'avec l'arrêt *Hape*. Il est vrai que cet arrêt ne porte pas sur les enquêtes de sécurité à l'extérieur du Canada et que la finalité ou l'objectif des méthodes d'enquêtes peut être différent, mais la « compétence d'enquête » de l'État canadien est mise en cause à la fois par les investigations des policiers canadiens dans l'affaire *Hape* et par celles auxquelles veulent procéder les agents du Service en vertu du mandat demandé.

[61] À mon avis, la décision prononcée dans l'arrêt *Hape* exprime clairement l'état actuel du droit canadien quant à son applicabilité, y compris la Charte, dans des affaires soulevant la compétence d'enquête extraterritoriale du Canada. Dans l'arrêt *Hape*, au paragraphe 58, la Cour suprême du Canada a fourni les indications suivantes relativement à la

between prescriptive, enforcement or investigative and adjudicative jurisdictions of the state:

Prescriptive jurisdiction (also called legislative or substantive jurisdiction) is the power to make rules, issue commands or grant authorizations that are binding upon persons and entities. The legislature exercises prescriptive jurisdiction in enacting legislation. Enforcement jurisdiction is the power to use coercive means to ensure that rules are followed, commands are executed or entitlements are upheld. As stated by S. Coughlan *et al.* in “Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization” (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, at p. 32, “*enforcement or executive jurisdiction refers to the state’s ability to act in such a manner as to give effect to its laws (including the ability of police or other government actors to investigate a matter, which might be referred to as investigative jurisdiction)*” (emphasis in original). Adjudicative jurisdiction is the power of the state’s courts to resolve disputes or interpret the law through decisions that carry binding force. See Cassese, at p. 49; Brownlie, at p. 297.

[62] The warrant powers sought here may not be directed at enforcement *per se*, but do concern activities directed at the collection of information by “investigation or otherwise,” which are activities that fall clearly within the “enforcement” or “investigative” jurisdiction of the Canadian state. Consequently, these activities occurring in a foreign state impinge upon the territorial sovereignty of that state. Absent consent, Canadian law, particularly as it relates to the “investigative jurisdiction,” cannot apply to such investigative activities conducted in another state’s territory. It therefore follows in these circumstances that section 8 of the Charter which protects against unreasonable search and seizure, can find no application.

[63] As for the Service’s position that a warrant is required to protect its agents against potential criminal charges in Canada which might result from the impugned activities, the Service fails to point to any specific provision of the Code that would expressly extend its application to the impugned activities occurring outside Canada’s territory and thereby exposing the Service or its agents to the risk of such a prosecution. I can find no such provision. Again, as with the Charter, in the absence of consent, Canada cannot enforce the Code over matters situated outside Canadian

distinction à établir entre la compétence normative, la compétence d’exécution ou d’enquête et la compétence juridictionnelle de l’État :

La compétence normative (aussi appelée compétence législative ou fondamentale) confère le pouvoir d’établir des règles, des prescriptions ou des droits opposables à des personnes, physiques ou morales. La législation qui adopte une loi exerce sa compétence législative. La compétence d’exécution permet de recourir à des moyens coercitifs pour faire respecter règles, prescriptions ou droits. Pour reprendre les propos de S. Coughlan dans « Global Reach, Local Grasp: Constructing Extraterritorial Jurisdiction in the Age of Globalization » (2007), 6 *C.J.L.T.* 29, p. 32, [TRADUCTION] « la compétence *d’exécution* s’entend du pouvoir de l’État de prendre des mesures pour donner effet à ses lois (y compris le pouvoir de la police ou d’autres acteurs étatiques de faire enquête, qui pourrait être appelé *compétence d’enquête* » (en italique dans l’original). La compétence juridictionnelle consiste dans le pouvoir des tribunaux d’un État de régler des différends ou d’interpréter la loi au moyen de décisions ayant force obligatoire. Voir Cassese, p. 49; Brownlie, p. 297.

[62] Les pouvoirs conférés par mandat que l’on cherche à obtenir en l’espèce peuvent ne pas viser l’exécution en soi, mais ils concernent bel et bien des activités qui visent la collecte d’informations « au moyen d’enquêtes ou autrement », lesquelles activités relèvent clairement de la compétence d’exécution ou d’enquête de l’État canadien. Par conséquent, ces activités qui sont exercées dans un État étranger portent atteinte à la souveraineté territoriale de cet État. En l’absence de consentement, le droit canadien, plus particulièrement en ce qui concerne la « compétence d’enquête », ne peut s’appliquer à de telles méthodes d’enquêtes menées sur le territoire d’un autre État. Dans ces circonstances, il s’ensuit donc que l’article 8 de la Charte, qui protège contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, ne peut s’appliquer.

[63] Quant à la position du Service selon laquelle un mandat est requis afin de protéger ses agents contre des accusations criminelles pouvant être portées au Canada, par suite des activités contestées, le Service ne met en avant aucune disposition précise du Code qui étendrait expressément son application aux activités contestées exercées à l’extérieur du territoire du Canada, ce qui, de ce fait, exposerait le Service ou ses agents au risque d’être ainsi poursuivis. Je ne puis trouver une telle disposition. Encore une fois, comme dans le cas de la Charte, en l’absence de consentement, le Canada ne peut

territory. In the circumstances, I fail to see why the warrant sought would be required for the stated purpose of protecting the Service or its agents from prosecution under the Code.

[64] Even if the Service could establish that it has an extraterritorial mandate to collect, retain and analyse information and intelligence, and that its stated reasons for requiring the warrant are well-founded, this would not, in my view, give the Court jurisdiction to issue the warrant sought. The investigative activities which are sought to be authorized by the warrant are activities which are inconsistent with and likely to breach the binding customary principles of territorial sovereign equality and non-intervention. As stated earlier in these reasons, while Parliament may have jurisdiction to enact laws with extraterritorial application, it must do so in clear and express terms. In instances where Parliament has opted to extend the reach of Canadian law extraterritorially, it has done so in express terms. The Code contains several examples of Parliament using express language to extend the reach of Canadian law extraterritorially. I set out below several of these examples.

[65] In dealing with offences committed on an aircraft, paragraph 7(2)(a) [as am. by S.C. 1993, c. 7, s. 1] of the Code explicitly recognizes that an act or omission committed outside Canada is an offence that “shall be deemed to have [been] committed... in Canada” (my emphasis).

[66] Similarly, paragraph 46(3)(a) of the Code states that high treason takes place whenever a Canadian citizen, “while in or out of Canada” (my emphasis) does anything mentioned at subsection (1). Again, express language is used to recognize acts committed outside of Canada.

[67] Another example is that of forgery and uttering forged passports. Paragraph 57(1)(a) of the Code states “[e]very one who, while in or out of Canada, (a) forges a passport... is guilty of an indictable offence” (my emphasis). In the same way, subsection 74(2) of the

pas appliquer le Code à des activités exercées à l’extérieur du territoire canadien. Dans les circonstances, je ne vois pas pourquoi le mandat demandé serait requis dans le but déclaré de protéger le Service ou ses agents à l’égard de poursuites aux termes du Code.

[64] Même si le Service pouvait établir qu’il remplit une mission extraterritoriale visant à recueillir, conserver et analyser des informations et des renseignements et que les motifs qu’il a donnés pour réclamer le mandat sont bien fondés, cela ne donnerait pas, à mon avis, compétence à la Cour pour décerner le mandat demandé. Les méthodes d’enquêtes qu’on vise à faire autoriser par le mandat sont des activités incompatibles avec les principes coutumiers contraignants de l’égalité souveraine territoriale et de la non-intervention, et elles sont susceptibles d’y contrevenir. Comme je l’ai déjà mentionné dans les présents motifs, le Parlement a compétence pour adopter des lois ayant une application extraterritoriale, mais il doit le faire dans des termes clairs et exprès. Dans les cas où le Parlement a choisi d’étendre la portée du droit canadien à l’extérieur du territoire national, il l’a fait en des termes exprès. Le Code contient plusieurs exemples où le Parlement a utilisé un libellé exprès pour étendre ainsi la portée du droit canadien. J’énonce ci-dessous plusieurs de ces exemples.

[65] Lorsqu’il traite des infractions commises à bord d’un aéronef, l’alinéa 7(2)a) [mod. par L.C. 1993, ch. 7, art. 1] du Code reconnaît explicitement qu’une action ou omission commise à l’étranger est une infraction qui « est réputé[e] avoir [été] commis[e] [...] au Canada » (non souligné dans l’original).

[66] De même, l’alinéa 46(3)a) du Code déclare qu’il y a haute trahison quand un citoyen canadien, « se trouvant au Canada ou à l’étranger, accomplit une chose mentionnée » (non souligné dans l’original) au paragraphe (1). Encore une fois, il s’agit d’un libellé exprès pour reconnaître des actions commises à l’extérieur du Canada.

[67] On peut aussi prendre comme exemple l’infraction de faux ou usage de faux en matière de passeport. L’alinéa 57(1)a) du Code déclare qu’« [e]st coupable d’un acte criminel [...] quiconque, étant au Canada ou à l’étranger, [...] a) fait un faux passeport »

Code, which deals with piracy, states that “[e]very one who commits piracy while in or out of Canada is guilty of an indictable offence” (my emphasis).

[68] Finally, subsection 465(4) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 61] of the Code discusses the issue of conspiracy and uses the same express language when it states “[e]very one who, while in a place outside Canada, conspires with any one to do anything referred to in subsection (1) in Canada shall be deemed to have conspired in Canada” (my emphasis).

[69] The above examples reveal that where Parliament elected to provide for the application of Canadian law to events occurring extraterritorially, it has done so expressly. It seems to me that a heightened requirement for clarity by Parliament arises in circumstances where the statute seeks to provide for activities that would in all likelihood violate the binding principles of customary international law, which are incorporated in Canadian law. To accept less in relation to investigations risks undermining public confidence in the justice system and in the judiciary whose primary function is to uphold the law.

[70] With respect to the issue of whether CSEC can assist in the execution of the warrant, while I find the arguments by the Service to be persuasive, given my above determinative findings regarding the Court’s jurisdiction, it is my view that it is not necessary to decide the issue at this time.

Conclusion

[71] For the above reasons, I find that this Court is without jurisdiction to issue the warrant sought. Accordingly, the application will be dismissed.

[72] Both the Service and the *amicus* shall, within 20 days of the date of the order issued with these reasons, make submissions to the Court in respect of whether these reasons for order and order, or any portion thereof, should be made public. After considering the

(non souligné dans l’original). De la même façon, le paragraphe 74(2) du Code, qui traite de piraterie, déclare que « [q]uiconque commet une piraterie, pendant qu’il se trouve au Canada ou à l’étranger, est coupable d’un acte criminel » (non souligné dans l’original).

[68] Enfin, le paragraphe 465(4) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 27, art. 61] du Code aborde la question du complot et utilise le même libellé exprès lorsqu’il déclare que « [I]es personnes qui, à l’étranger, complotent de commettre [...] les infractions visées au paragraphe (1) sont réputées avoir comploté au Canada » (non souligné dans l’original).

[69] Les exemples susmentionnés révèlent que lorsque le Parlement a choisi de prévoir l’application du droit canadien à des événements se produisant à l’extérieur du territoire national, il l’a fait d’une manière expresse. Il me semble qu’une exigence de clarté plus rigoureuse de la part du Parlement découle de circonstances où la loi vise à prévoir des activités qui, selon toute vraisemblance, contreviendraient aux principes contraignants du droit international coutumier, lesquels sont incorporés dans le droit canadien. Accepter moins relativement aux enquêtes risque de saper la confiance du public dans l’ordre juridique et dans le système judiciaire dont la principale fonction consiste à appliquer les règles de droit.

[70] En ce qui a trait à la question de savoir si le CSTC peut aider à l’exécution du mandat, je trouve que les arguments du Service sont convaincants, compte tenu des conclusions déterminantes que j’ai déjà tirées concernant la compétence de la Cour, mais je suis d’avis qu’il n’est pas nécessaire de trancher la question à ce moment-ci.

Conclusion

[71] Pour les motifs susmentionnés, je conclus que la Cour n’a pas compétence pour décerner le mandat demandé. Par conséquent, la demande sera rejetée.

[72] Le Service et l’*amicus* doivent, dans les 20 jours suivant la date de l’ordonnance accompagnant les présents motifs, fournir à la Cour leurs observations quant à la question de savoir si les présents motifs et l’ordonnance, ou une partie de ceux-ci, devraient

submissions, I shall determine whether the reasons for order and order, or an expurgated version thereof shall be made public.

ORDER

THIS COURT ORDERS that:

The application for a warrant authorizing investigative activities in countries other than Canada is dismissed.

The Service and the *amicus* shall within 20 days of the date of the order issued with these reasons, make submissions to the Court in respect of whether these reasons for order and order, or any portion thereof, should be made public.

SCHEDULE A

2. In this Act,

...

“threats to the security of Canada” means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

...

être communiqués au public. Après avoir examiné les observations, je déciderai si les motifs de l’ordonnance et l’ordonnance, ou leur version expurgée, seront rendus publics.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que

La demande visant à obtenir un mandat autorisant des méthodes d’enquête dans des pays autres que le Canada est rejetée.

Le Service et l’*amicus* doivent, dans les 20 jours suivant la date de l’ordonnance accompagnant les présents motifs, fournir à la Cour leurs observations quant à la question de savoir si les présents motifs et l’ordonnance, ou une partie de ceux-ci, devraient être communiqués au public.

ANNEXE A

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[...]

« menaces envers la sécurité du Canada » Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l’espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d’espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l’étranger qui touchent le Canada ou s’y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d’une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence. La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d’une cause, de protestation ou de manifestation d’un désaccord qui n’ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

[...]

12. The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

...

16. (1) Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of

(a) any foreign state or group of foreign state; or

(b) any person other than

(i) a Canadian citizen,

(ii) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or

(iii) a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

(2) The assistance provided pursuant to subsection (1) shall not be directed at any person referred to in subparagraph (1)(b)(i), (ii) or (iii).

(3) The Service shall not perform its duties and functions under subsection (1) unless it does so

(a) on the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, and

(b) with the personal consent in writing of the Minister.

...

21. (1) Where the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the approval of the Minister, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

12. Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

[...]

16. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Service peut, dans les domaines de la défense et de la conduite des affaires internationales du Canada, prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, dans les limites du Canada, à la collecte d'information ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités :

a) d'un État étranger ou d'un groupe d'États étrangers;

b) d'une personne qui n'est ni un citoyen canadien, ni un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, ni une personne morale constituée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale.

(2) L'assistance autorisée au paragraphe (1) est subordonnée au fait qu'elle ne vise pas des personnes mentionnées aux sous-alinéas (1)b)(i), (ii) ou (iii).

(3) L'exercice par le Service des fonctions visées au paragraphe (1) est subordonné :

a) à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou du Ministre des Affaires étrangères;

b) au consentement personnel du ministre.

[...]

21. (1) Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the person or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made in relation to a person identified in the affidavit pursuant to paragraph (d), the date on which the application was made, the name of the judge to whom each application was made and the decision of the judge thereon.

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence de faits mentionnés aux alinéas (2)a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents, ou objets. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part :

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

- | | |
|--|--|
| <p>(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or things; or</p> <p>(c) to install, maintain or remove any thing.</p> <p>(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)</p> <p>(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;</p> <p>(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;</p> <p>(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;</p> <p>(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;</p> <p>(e) the period for which the warrant is in force; and</p> <p>(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.</p> <p>(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding</p> <p>(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or</p> <p>(b) one year in any other case.</p> | <p>b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;</p> <p>c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.</p> <p>(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes :</p> <p>a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;</p> <p>b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;</p> <p>c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;</p> <p>d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;</p> <p>e) la durée de validité du mandat;</p> <p>f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.</p> <p>(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale :</p> <p>a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue à l'article 2;</p> <p>b) d'un an, dans tout autre cas.</p> |
|--|--|

SCHEDULE B

The McDonald Commission, short for the Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Second Report: Freedom and Security under the Law*, Vol. 1 (Ottawa: Supply and Services Canada, 1981) is a Commission of Inquiry established by the Governor in Council in 1977 as a result of allegations that the Security Service of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) had been

ANNEXE B

La Commission McDonald, nom abrégé de la Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, qui est l'auteure du rapport intitulé *Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 (Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1981), est une commission d'enquête créée par le gouverneur en conseil en 1977, par suite d'allégations selon lesquelles le Service de

involved in illegal and improper activities. As a result of recommendations made by the McDonald Commission, the Service was established on July 16, 1984 after Bill C-9 was passed into law. In its Report, the Commission dealt with the geographic location of security intelligence activities by an intelligence agency. The Commission noted at page 628 of its Report:

14. Now, turning to the third dimension—the geographic location of the security intelligence agency’s activities—we do not think that the agency should be required to confine its intelligence collecting or countering activities to Canadian soil. If security intelligence investigations which begin in Canada must cease at the Canadian border, information and sources of information important to Canadian security will be lost. Thus a total ban on security intelligence operations outside Canada would be an unreasonable constraint. If to operate abroad is ‘offensive’, then Canada’s security intelligence agency should be offensive in this sense, although we are cognizant of the very great risks — diplomatic, moral and practical — in carrying out security intelligence activities abroad. Because of these risks it is important to confine such activities to those that are essential, to subject them to a clear and effective system of control, and to ensure that they are always within the mandate of the security intelligence agency. In what follows we shall endeavour to define more precisely the circumstances in which a security intelligence agency should be permitted to extend its operations abroad and the controls which should apply to such operations.

With respect to these controls, the Commission made the following further recommendations at page 631 of its Report:

The system we propose recognizes that it is a ministerial responsibility to ensure that the Department of External Affairs is consulted in advance about foreign operations with serious implications for foreign policy and provides a process whereby the department of External Affairs can be kept comprehensively informed of the security intelligence agency’s foreign operations.

24. There may well be situations in which the Department of External Affairs would consider that the risk to Canada’s foreign relations exceeds the potential worth of the security intelligence that might be obtained from a foreign operation. In resolving differences of this kind it is important that one set of interests should not automatically take precedence. Thus, when the Solicitor General and the Secretary of State for External

sécurité de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) avait été impliqué dans des activités illégales et irrégulières. À la suite de la recommandation faite par la Commission McDonald, le Service a été constitué le 16 juillet 1984, après l’adoption du projet de loi C-9. Dans son Rapport, la Commission a traité du théâtre d’opérations des activités de renseignement de sécurité d’un service de renseignements. La Commission a fait remarquer ce qui suit, à la page 662 de son Rapport :

14. En ce qui concerne la troisième dimension, soit le théâtre d’opérations du service de renseignements pour la sécurité, nous ne croyons pas que celui-ci doive limiter ses contre-mesures et la collecte de renseignements au seul territoire canadien. Si les enquêtes de sécurité amorcées au Canada doivent s’arrêter aux frontières, nous risquons de perdre des sources d’information et des renseignements importants pour la sécurité nationale. Ce serait imposer une contrainte absurde que d’interdire la collecte, à l’extérieur du pays, de renseignements intéressant la sécurité. Si c’est se lancer à l’offensive que d’opérer à l’étranger, le service canadien de renseignements pour la sécurité se doit alors d’être « offensif » en ce sens, bien que nous soyons conscients des très grands risques diplomatiques, moraux et pratiques — qu’il court en déployant son activité au-delà de nos frontières. Étant donné ces risques, il importe de s’en tenir aux activités qui sont indispensables, de les assujettir à des contrôles précis et efficaces, et de voir à ce que le service n’outrepasse jamais son mandat. Nous allons maintenant tenter de définir plus précisément les cas où un service de renseignements pour la sécurité devrait être autorisé à mener des opérations à l’étranger, ainsi que les mécanismes de contrôle qui devraient s’y appliquer.

En ce qui a trait à ces contrôles, la Commission a fait les recommandations supplémentaires suivantes, aux pages 665 et 666 de son Rapport :

Le système que nous proposons reconnaît au ministre la responsabilité de voir à ce que le ministère des Affaires extérieures soit consulté préalablement à toute opération étrangère susceptible d’avoir de graves répercussions sur la politique extérieure du Canada et prévoit une formule permettant de tenir ce ministère au courant de l’ensemble des opérations extérieures du service de renseignements pour la sécurité.

24. Il peut très bien arriver que, de l’avis du ministère des Affaires extérieures, le danger pour les relations du Canada avec d’autres pays l’emporte sur les avantages éventuels d’une opération à l’étranger. Il ne faudrait pas que, dans de tels cas, l’un des éléments prenne automatiquement le pas sur l’autre. Aussi, lorsque le solliciteur général et le secrétaire d’État aux Affaires extérieures n’arrivent pas à se mettre d’accord sur une

Affairs could not agree over a foreign operation, the matter should be decided by the Prime Minister.

WE RECOMMEND THAT for intelligence purposes falling within the security intelligence agency's statutory mandate and subject to guidelines approved by Cabinet Committee on Security and Intelligence, the security intelligence agency be permitted to carry out certain investigative activities abroad.

WE RECOMMEND THAT the Director General of the Security intelligence agency inform the Minister responsible for the agency in advance of all foreign operations planned by the security intelligence agency.

WE RECOMMEND THAT in cases which on the basis of policy guidelines are deemed to involve a significant risk to Canada's foreign relations, the Minister responsible for the security intelligence agency inform the Department of External Affairs sufficiently in advance of the operation to ensure that consultation may take place.

WE RECOMMEND THAT the Director General and appropriate officials of the security intelligence agency should meet with the Under Secretary of State for External Affairs and the responsible Deputy Under Secretary on an annual basis to review foreign operations currently being undertaken or proposed by the security agency.

opération à l'étranger, la question doit alors être tranchée par le premier ministre.

NOUS RECOMMANDONS QUE, à des fins de collecte de renseignements conformément au mandat que lui confère la loi et sous réserve de lignes directrices approuvées par le Comité du Cabinet chargé de la sécurité et des renseignements, le service de renseignements pour la sécurité soit autorisé à faire certaines investigations à l'étranger.

NOUS RECOMMANDONS QUE le directeur général donne préavis au ministre chargé du service de renseignements pour la sécurité de toute opération projetée par le service à l'étranger.

NOUS RECOMMANDONS QUE, en ce qui concerne les opérations qui, compte tenu des lignes directrices formulées, risquent de compromettre les relations du Canada avec l'étranger, le ministre chargé du service de renseignements pour la sécurité en donne un préavis suffisant au ministère des Affaires extérieures pour que des consultations puissent avoir lieu.

NOUS RECOMMANDONS QUE le directeur général du service de renseignements pour la sécurité et certains de ses adjoints rencontrent le sous-secrétaire d'État aux Affaires extérieures et le sous-ministre adjoint à intervalles réguliers pour examiner les opérations en cours ou projetées à l'étranger.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration and Refugee Protection Division's (RPD) decision denying refugee status to applicant pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 98—Applicant charged with murder in United States where, if convicted, liable to death penalty—Purpose of s. 98 exclusion not to remove applicant from Canada—Purpose to exclude him from refugee protection—Applicant can seek protection under Act, s. 112 (pre-removal risk assessment)—Arguments regarding constitutionality of s. 98 premature—Before exercising discretion pursuant to s. 112, Minister must be satisfied applicant's removal to United States not contrary to values in which Canada believes, can require assurances from United States to protect applicant from death penalty—Application dismissed.

SHEPHARD V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2098-07, 2008 FC 379, Lagacé D.J., judgment dated March 26, 2008, 22 pp.)

Removal of Permanent Residents

Judicial review of decision by Immigration Appeal Division (IAD) applicant's stay cancelled by operation of law, appeal terminated pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), S.C. 2001, c. 27, s. 68(4)—AD having jurisdiction to determine questions of law generally—Does not have jurisdiction to decide constitutionality of s. 68(4) because s. 68(4) not giving IAD jurisdiction to decide questions of law—Decision-making power under s. 68(4) strictly factual—Once facts triggering s. 68(4) proven, IAD losing jurisdiction to consider Charter challenge—Purpose of IRPA, s. 68(4) to allow for expedited removal of persons who continue to commit criminal offences despite being given a second chance—IAD correctly interpreting parameters of s. 68(4)—Deportation of non-citizen such as applicant, in itself, not engaging liberty, security interests protected by *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7—Application dismissed.

RAMNANAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1991-07, 2008 FC 404, Shore J., judgment dated April 1, 2008, 23 pp.)

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of visa officer's decision refusing permanent residence application because officer unable to verify applicant's employment from 2001 to 2006—Visa officer erring in terminating security investigation, dismissing applicant's case before investigations completed—Existence or absence of employment relationship proving nothing in this regard, thus premature to deny permanent residence application on ground applicant's admissibility could not be checked—Visa officer breaching duty of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

procedural fairness in making decision without allowing applicant to clarify doubtful areas existing in her case, since clear missing information might have resulted from communication problem—Application allowed.

BELKACEM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3533-07, 2008 FC 375, de Montigny J., judgment dated March 25, 2008, 17 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission's decision referring respondent's complaint to conciliation, failing settlement to Canadian Human Rights Tribunal—Respondent applied for employment as longshore worker—Argued testing she underwent discriminatory because did not take into account gender—Procedural fairness requiring Commission to carry out neutral, thorough investigation—These duties respected herein—As to reasonableness of decision, once *prima facie* case of direct, indirect/adverse effect discrimination established, subsequent analysis as to whether discriminatory standard *bona fide* occupational requirement no longer contingent on type of discrimination—However, fact investigator separately analysed direct, indirect/adverse effect discrimination not constituting by itself reviewable error—Finding that sufficient evidence of *prima facie* case to warrant further inquiry also reasonable, as statistical evidence of disparity in hiring may in some cases suffice to discharge initial burden of complainant—Application dismissed.

HALIFAX EMPLOYERS ASSN. V. TUCKER (T-2262-06, 2008 FC 516, Gauthier J., order dated April 21, 2008, 31 pp.)

Meaning of “services” in *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 5—Appeal from Federal Court decision (2007 FC 745) Canadian Human Rights Commission not having jurisdiction to deal with complaint filed by appellant, associated complainants, latter not having standing to institute complaint—Appellant filing human rights complaint with Commission against Health Canada, alleging discrimination against Biomedica in provision of services—Whether impugned actions of Health Canada (regulation of herbal products) “services”—Coercive measures intended to ensure compliance with *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, not “services ... customarily available to the general public” within meaning of s. 5—That measures undertaken in public interest not making them “services”—Appeal dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WATKIN (A-345-07, 2008 FCA 170, Noël J.A., judgment dated May 2, 2008, 16 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Capital Cost Allowance

Appeal from T.C.C. decision (2007 TCC 243) allowing respondent's appeal from reassessments regarding capital cost allowance deduction—Respondent must show assets, for which capital cost allowance claimed, required to put coal in “prime metal stage or its equivalent” (PMSE)—Meaning of PMSE in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945, specifically determination of when commodity becoming marketable—Linden J.A.'s approach in *Gulf Canada Resources Ltd. v. Canada* (1996), 192 N.R. 283 (F.C.A.) applied—That approach demanding consideration of circumstances of individual taxpayer to determine whether production processes produced marketable, saleable commodity meeting specifications of taxpayer's reasonably contemplated customers—T.C.C. not erring in adopting approach whereunder individual circumstances of taxpayer considered in determining PMSE reached—Appeal dismissed.

CANADA V. ATCO ELECTRIC LTD. (A-273-07, 2008 FCA 188, Sexton J.A., judgment dated May 22, 2008, 20 pp.)

PATENTS

Application to prohibit Minister of Health from issuing notice of compliance to Apotex Inc. until expiry of Canadian Patent No. 2201967 ('967 patent)—Apotex challenging validity of '967 patent on several grounds—Applicants failing to show allegation '967 patent invalid as anticipated, obvious, lacking utility, not justified—Apotex arguing “invention” claimed in '967 patent not invention but “mere discovery”—No need to create precedent for new category of “mere discovery”—Apotex also challenging use of word “about” in claims—Purposive construction of patent indicating “about” being plus or minus 10 percent should be

PATENTS—Concluded

limited to particle size, not other definitions such as percentage, dosage—Application dismissed—Many allegations of invalidity raised but not pursued, including *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 53—S. 53 raising implication of fraud which, if raised and not pursued, should bear cost penalty—Costs, disbursements taxed and allowed to Apotex reduced by 25 percent.

SHIRE BIOCHEM INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-756-06, 2008 FC 538, Hughes J., judgment dated April 25, 2008, 46 pp.)

PRACTICE

Motion to dismiss application for prohibition order under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6(5)(b)—Eli Lilly Canada Inc. filing application for prohibition order under Regulations, s. 6(1)—In *Eli Lilly Canada v. Apotex Inc. et al.*, 2008 FC 142 (*Apotex* decision) involving same patent as these proceedings, Federal Court holding Apotex' allegation of lack of sound prediction justified, dismissing Lilly's application—Lilly filing notice of appeal of *Apotex* decision—Allowing Lilly's application to proceed pending appeal of *Apotex* decision not leading to risk of inconsistent judicial decisions in present case—No unfairness to Novopharm in allowing application to continue—Lilly's prosecution of application not attempt to improperly relitigate result of *Apotex* matter in hopes of obtaining different result—Not abuse of process, but appropriate exercise of process provided under Regulations—Motion dismissed.

ELI LILLY CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (T-1563-07, 2008 FC 513, Tabib P., order dated April 18, 2008, 22 pp.)

PENSIONS

Judicial review of decision by Pension Appeals Board granting leave to Minister of Human Resources and Social Development Canada to appeal decision of Review Tribunal granting applicant disability pension—Applicant submitting process by which Minister obtained leave unfair—*Pension Appeals Board Rules of Procedure (Benefits)*, C.R.C., c. 390, s. 7 providing applications for leave shall be disposed of *ex parte*, unless Chairman directs otherwise—Leave provisions in s. 7 unusual in that applications for leave presumptively dealt with without notice to opposing party—Duty of full and frank disclosure on Minister in *ex parte* application for leave to appeal before senior member of Pension Appeals Board same as duty imposed on parties in other *ex parte* proceedings—In addition to duty to state case fairly Minister must inform member of facts, law favouring claimant—Written representations by Minister's counsel to designated member omitting chiropractor's opinion as to applicant's employability—Not meeting standard of full, fair disclosure—Application allowed.

LAYDEN v. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES AND SOCIAL DEVELOPMENT) (T-1679-07, 2008 FC 619, judgment dated May 16, 2008, 15 pp.)

PRACTICE**JUDGMENTS AND ORDERS***Reversal or Variation*

Appeal from orders of prothonotary extending time for cross-examinations in two applications to expunge trade-mark "Stenner"—Respondent arguing prothonotary erred in not giving written reasons when granting extension, in not reserving judgment, right to provide written reasons but providing written reasons after appeal filed—Order not effective until endorsed in writing: *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 392—Orders made by prothonotary extending time, ordering costs discretionary orders, should not be disturbed unless clearly wrong—Prothonotary applying appropriate test for extension of time—Not exercising discretion based on wrong principle, misapprehension of facts—Not clearly wrong in exercise of discretion with respect to award of costs—Appeal dismissed.

CIBC WORLD MARKETS INC. v. STENNER FINANCIAL SERVICES LTD. (T-2216-07, T-2217-07, 2008 FC 621, Zinn J., order dated May 16, 2008, 18 pp.)

PRACTICE—Concluded

PLEADINGS

Amendments

Motion for leave to amend statement of claim to plead tort of interference with economic relations—Plaintiffs alleging Government of Manitoba, four municipalities liable for flooding damage caused by construction, maintenance, operation of dike near international border between North Dakota, Manitoba—Three-element test for tort of intentional economic interference including intention to injure plaintiff—Given unlawful interference intentional tort, conduct of defendant must be aimed at party who suffers damage—Plaintiffs' claim could not succeed as requisite intention not pleaded—No allegation construction, maintenance of dikes by defendants done with deliberate intention of targeting plaintiffs with flood damage so as to reduce tax revenues—Proposed amendments not capable of supporting allegation of intentional economic interference, as essential elements of tort not alleged—Motion dismissed.

PEMBINA COUNTY WATER RESOURCE DISTRICT V. MANITOBA (T-745-04, 2008 FC 653, Lafrenière P., order dated May 22, 2008, 12 pp.)

PUBLIC SERVICE

PENSIONS

Judicial review of decision applicant's employment with Law Reform Commission of Canada not countable for pension purposes under *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36—*Law Reform Commission Act*, R.S.C., 1985, c. L-7, ss. 7, 8 capable of two different interpretations as to whether person must be appointed in accordance with *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33 to be entitled to pension benefits—However, not necessary to determine which interpretation correct as question before Court one of mixed fact and law—Only necessary to determine whether impugned decision reasonable, which it was—Decision would have been set aside if reviewed on standard of correctness—Application dismissed.

COHEN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2167-06, 2008 FC 676, Hughes J., judgment dated May 27, 2008, 27 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.

BREVETS

Demande en vue d'interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée Apotex Inc. jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 2201967 (le brevet '967)—Apotex contestait la validité du brevet '967 pour un certain nombre de motifs—Les demanderessees n'ont pas démontré que l'allégation portant que le brevet '967 était invalide en raison de l'antériorité, l'évidence et l'absence d'utilité de revendications n'était pas justifiée—Apotex soutient que l'« invention » revendiquée dans le brevet '967 n'était pas une invention, mais une « simple découverte »—Il n'était pas nécessaire de créer un précédent pour une nouvelle catégorie de « simple découverte »—Apotex conteste aussi l'emploi du terme « environ » dans les revendications—Selon l'interprétation téléologique du brevet, l'expression « environ » indiquant plus ou moins 10 pour cent devrait être limitée à la taille des particules, mais non les autres définitions telles que le pourcentage ou le dosage—Demande rejetée—Bon nombre d'allégations d'invalidité ont été soulevées, mais n'ont pas été poursuivies, notamment l'art. 53 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4—L'art. 53 insinue la fraude qui, si elle est soulevée mais non poursuivie, devrait entraîner des frais—Les frais, dépens et débours taxés et accordés à Apotex sont réduits de 25 pour cent.

SHIRE BIOCHEM INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-756-06, 2008 CF 538, juge Hughes, jugement en date du 25 avril 2008, 46 p.)

PRATIQUE

Requête visant à faire rejeter une demande d'ordonnance d'interdiction en application de l'art. 6(5)b) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133—Eli Lilly Canada Inc. a déposé une demande d'ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 6(1) du Règlement—Dans l'affaire *Eli Lilly Canada c. Apotex Inc. et autres*, 2008 CF 142 (la décision *Apotex*), qui visait le même brevet que celui en cause en l'espèce, la Cour fédérale a statué que l'allégation d'Apotex quant à l'absence de prédiction valable était justifiée et elle a rejeté la demande de Lilly—Lilly a déposé un avis d'appel de la décision *Apotex*—Le fait de permettre à la demande de Lilly de suivre son cours en attendant l'appel de la décision *Apotex* n'entraîne pas un risque de décisions judiciaires contradictoires en l'espèce—Novopharm ne subit pas d'injustice parce que la demande suit son cours—La poursuite, par Lilly, de la demande n'a pas pour objet de remettre irrégulièrement en litige l'issue de l'affaire *Apotex* dans l'espoir d'en arriver à une autre issue—Il ne s'agit pas d'un abus de procédure, mais plutôt de l'exercice opportun de la procédure prévue dans le Règlement—Requête rejetée.

ELI LILLY CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-1563-07, 2008 CF 513, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 18 avril 2008, 22 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, refusant l'asile au demandeur en vertu de l'art. 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

ch. 27—Le demandeur est accusé de meurtre aux États-Unis, où il est passible de la peine de mort si reconnu coupable—L'exclusion prévue à l'art. 98 n'a pas pour objet d'expulser le demandeur du Canada—Elle vise à l'empêcher de bénéficier du droit d'asile—Le demandeur peut demander la protection prévue à l'art. 112 de la Loi (examen des risques avant renvoi)—Les arguments quant à la constitutionnalité de l'art. 98 étaient prématurés—Avant d'exercer son pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 112, le ministre devra s'assurer que le renvoi du demandeur vers les États-Unis ne contrevient pas aux valeurs auxquelles croit le Canada, et pourra exiger des garanties de la part des États-Unis pour protéger le demandeur contre l'imposition de la peine de mort—Demande rejetée.

SHEPHARD C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2098-07, 2008 CF 379, juge suppléant Lagacé, jugement en date du 26 mars 2008, 22 p.)

Renvoi de résidents permanents

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de l'immigration (SAI) a statué que le sursis accordé au demandeur était révoqué de plein droit et que son appel était classé conformément à l'art. 68(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), L.C. 2001, ch. 27—La SAI a compétence pour examiner des questions de droit en général, mais elle n'a pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 68(4) parce que celui-ci ne l'habilite pas à examiner des questions de droit—Le pouvoir décisionnel fondé sur l'art. 68(4) est strictement factuel—Lorsque les faits qui donnent application à l'art. 68(4) sont établis, la SAI n'est plus compétente pour examiner une contestation fondée sur la Charte—L'objet de l'art. 68(4) de la LIPR est de permettre le renvoi rapide de personnes qui continuent de commettre des infractions criminelles malgré la deuxième chance qui leur a été donnée—La SAI a interprété à juste titre les paramètres de l'art. 68(4)—L'expulsion d'un non-citoyen comme le demandeur ne peut, en soi, mettre en jeu les droits à la liberté et à la sécurité qui lui sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—Demande rejetée.

RAMNANAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1991-07, 2008 CF 404, juge Shore, jugement en date du 1^{er} avril 2008, 23 p.)

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision d'une agente des visas refusant une demande de résidence permanente parce qu'elle était dans l'impossibilité de vérifier l'emploi de la demanderesse pour la période de 2001 à 2006—L'agente des visas a erré en mettant un terme à l'enquête de sécurité et en rejetant le dossier de la demanderesse avant que les investigations aient été complétées—L'existence ou l'absence d'un lien d'emploi ne prouvait rien à ce chapitre, et il était donc prématuré de rejeter la demande de résidence permanente au motif que l'admissibilité de la demanderesse ne pouvait être vérifiée—L'agente des visas a manqué à son devoir d'équité procédurale en prenant sa décision sans permettre à la demanderesse d'éclaircir les zones d'ombre qui subsistaient dans son dossier, dans la mesure où il était manifeste que les informations manquantes pouvaient résulter d'un problème de communication—Demande accueillie.

BELKACEM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3533-07, 2008 CF 375, juge de Montigny, jugement en date du 25 mars 2008, 17 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne de renvoyer la plainte de la défenderesse en conciliation et, à défaut de règlement, au Tribunal canadien des droits de la personne—La défenderesse a postulé un emploi comme débardeuse—Elle soutenait que les tests auxquels elle avait été soumise étaient discriminatoires parce qu'ils ne tenaient pas compte du sexe—Selon l'équité procédurale, la Commission doit mener une enquête neutre et exhaustive—Ces devoirs ont été observés en l'espèce—Pour ce qui est du caractère raisonnable de la décision, lorsqu'une preuve *prima facie* de discrimination directe ou par suite d'un effet préjudiciable est établie, l'analyse subséquente pour savoir si la norme discriminatoire était une exigence professionnelle justifiée n'est plus tributaire du type de discrimination—Cependant, le fait que l'enquêteur a analysé de façon distincte la discrimination directe ou par suite d'un effet préjudiciable ne constitue pas en soi une erreur susceptible de

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

révision—La conclusion portant qu'il y avait assez de preuve *prima facie* justifiant une autre enquête était aussi raisonnable parce que la preuve statistique faisant état de différences en matière d'embauche peut, dans certains cas, suffire pour s'acquitter du fardeau initial du plaignant—Demande rejetée.

HALIFAX EMPLOYERS ASSN. C. TUCKER (T-2262-06, 2008 CF 516, juge Gauthier, ordonnance en date du 21 avril 2008, 31 p.)

Sens du terme « services » à l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6—Appel d'une décision de la Cour fédérale (2007 CF 745) portant que la Commission canadienne des droits de la personne n'était pas compétente pour statuer sur la plainte déposée par l'appelant et par les plaignants qui lui étaient associés et que ces personnes n'avaient pas qualité pour formuler la plainte—L'appelant a déposé auprès de la Commission une plainte pour violation des droits de la personne dans laquelle il alléguait que Santé Canada avait agi de façon discriminatoire à l'endroit de Biomedica concernant la fourniture de services—Il s'agissait de savoir si les mesures contestées prises par Santé Canada (la réglementation des produits phytopharmaceutiques) constituaient des « services »—Il s'agissait de mesures coercitives destinées à assurer le respect de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, et non de « services ... destinés au public » au sens de l'art. 5—Le fait que ces mesures ont été prises dans l'intérêt public n'en font pas des « services »—Appel rejeté.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. WATKIN (A-345-07, 2008 CAF 170, juge Noël, J.C.A., jugement en date du 2 mai 2008, 16 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision portant que l'emploi du demandeur auprès de la Commission de réforme du droit du Canada n'était pas calculable aux fins de la pension en vertu de la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36—Les art. 7 et 8 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, L.R.C. (1985), ch. L-7, peuvent être interprétés de deux façons différentes relativement à la question de savoir si une personne doit être nommée conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33, pour avoir droit aux prestations de retraite—Toutefois, il n'était pas nécessaire de déterminer quelle était la bonne interprétation parce que la Cour était saisie d'une question mixte de fait et de droit—Il fallait seulement établir si la décision contestée était raisonnable, ce qui était le cas—La décision aurait été annulée si elle avait fait l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte—Demande rejetée.

COHEN C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2167-06, 2008 CF 676, juge Hughes, jugement en date du 27 mai 2008, 27 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déduction pour amortissement*

Appel de la décision de la C.C.I. (2007 CCI 243) accueillant l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies relativement aux déductions pour amortissement—L'intimée devait démontrer que les éléments d'actif à l'égard desquels elle s'était prévalu d'une déduction pour amortissement étaient nécessaires pour transformer le charbon jusqu'au « stade du métal primaire ou de son équivalent » (SMPE)—Sens du SMPE dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, ou le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, particulièrement l'établissement du moment où la marchandise devient négociable—Application de l'approche adoptée par le juge Linden, J.C.A., dans l'arrêt *Ressources Gulf Canada Ltée c. Canada* [1996] A.C.F. n° 110 (C.A.) (QL)—Selon cette approche, il faut tenir compte des circonstances du contribuable particulier pour établir si les processus de production ont généré une marchandise négociable et vendable qui satisfait aux spécifications des clients que l'on pouvait raisonnablement prévoir du contribuable—La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en adoptant l'approche suivant laquelle les circonstances particulières du contribuable sont prises en compte pour déterminer l'atteinte du SMPE—Appel rejeté.

CANADA C. ATCO ELECTRIC LTD. (A-273-07, 2008 CAF 188, juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 22 mai 2008, 20 p.)

PENSIONS

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission d'appel des pensions a autorisé le ministre des Ressources humaines et du Développement social Canada à interjeter appel d'une décision du tribunal de révision accordant des prestations d'invalidité à la demanderesse—Celle-ci soutient que le processus que le ministre a suivi pour obtenir l'autorisation était injuste—L'art. 7 des *Règles de procédure de la Commission d'appel des pensions (prestations)*, C.R.C., ch. 390, précise qu'il est statué *ex parte* sur les demandes d'autorisation, à moins que le président n'en décide autrement—La disposition en matière d'autorisation prévue à l'art. 7 est inhabituelle puisque les demandes d'autorisation sont traitées sans que la partie adverse soit avisée—L'obligation de divulgation franche et complète imposée au ministre dans le cadre d'une demande *ex parte* d'autorisation d'en appeler devant un membre principal de la Commission d'appel des pensions est la même que celle imposée aux parties dans d'autres instances *ex parte*—Outre l'obligation de présenter l'affaire équitablement, le ministre doit informer le membre des faits et du droit favorable au demandeur—Les observations écrites que l'avocat du ministre a adressées au membre désigné ne faisaient pas état de l'avis du chiropraticien quant à l'employabilité de la demanderesse—Elles ne satisfaisaient pas à la norme de divulgation franche et complète—Demande accueillie.

LAYDEN C. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES HUMAINES ET DU DÉVELOPPEMENT SOCIAL) (T-1679-07, 2008 CF 619, jugement en date du 16 mai 2008, 15 p.)

PRATIQUE

ACTES DE PROCÉDURE

Modifications

Requête en autorisation de modifier la déclaration pour invoquer le délit d'atteinte aux relations économiques—Les demandeurs alléguaient que le gouvernement du Manitoba et quatre municipalités étaient responsables des dommages attribuables aux crues causées par la construction, l'entretien et l'exploitation d'une digue près de la frontière internationale entre le Dakota du Nord et le Manitoba—Le critère à trois volets applicable au délit d'atteinte aux relations économiques comprend l'intention de causer un préjudice au demandeur—Comme l'atteinte illicite constitue un délit intentionnel, le comportement du défendeur doit viser la partie qui subit les dommages—La réclamation des demandeurs ne pouvait pas réussir parce que l'intention requise n'a pas été invoquée—Il n'y a eu aucune allégation que les défendeurs avaient délibérément construit et entretenu les digues pour que les demandeurs subissent des dommages attribuables aux crues de manière à réduire leurs recettes fiscales—Les modifications proposées ne peuvent étayer l'allégation d'atteinte intentionnelle aux relations économiques étant donné que les éléments essentiels du délit n'ont pas été allégués—Requête rejetée.

PEMBINA COUNTY WATER RESOURCE DISTRICT C. MANITOBA (T-745-04, 2008 CF 653, protonotaire Lafrenière, ordonnance en date du 22 mai 2008, 12 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Annulation ou modification

Appel d'ordonnances du protonotaire prorogeant le délai pour procéder au contre-interrogatoire dans le cadre de deux demandes en radiation de la marque de commerce « Stenner »—La défenderesse soutient que le protonotaire a commis une erreur en ne donnant pas de motifs écrits lorsqu'il a accordé la prorogation, en ne réservant pas son jugement ou le droit de fournir des motifs écrits, mais en fournissant des motifs écrits après le dépôt de l'appel—Une ordonnance ne prend effet qu'au moment où elle est consignée par écrit : règle 392 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—Les ordonnances de prorogation du délai et d'adjudication de dépens du protonotaire sont des mesures discrétionnaires qui ne devraient être modifiées que si elles sont entachées d'une erreur flagrante—Le protonotaire a appliqué le critère pertinent à la prorogation du délai—Il n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un faux principe ou une mauvaise appréciation des faits—Il n'a pas commis d'erreur manifeste lorsqu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire pour adjuger des dépens—Appel rejeté.

CIBC WORLD MARKETS INC. C. STENNER FINANCIAL SERVICES LTD. (T-2216-07, T-2217-07, 2008 CF 621, juge Zinn, ordonnance en date du 16 mai 2008, 18 p.)