



Second Session  
Thirty-ninth Parliament, 2007-08

## SENATE OF CANADA

---

*Proceedings of the Special  
Senate Committee on*

# Anti-terrorism

*Chair:*  
The Honourable DAVID P. SMITH, P.C.

---

Monday, May 12, 2008

---

### Issue No. 6

#### Third meeting on:

The study of security certificates, in the context  
of Canada's anti-terrorism framework

---

WITNESSES:  
(See back cover)

Deuxième session de la  
trente-neuvième législature, 2007-2008

## SÉNAT DU CANADA

---

*Délibérations du Comité  
sénatorial spécial sur l'*

# Antiterrorisme

*Président :*  
L'honorable DAVID P. SMITH, C.P.

---

Le lundi 12 mai 2008

---

### Fascicule n° 6

#### Troisième réunion concernant :

L'étude des certificats de sécurité, dans le cadre du  
dispositif canadien de lutte contre le terrorisme

---

TÉMOINS :  
(Voir à l'endos)

THE SPECIAL SENATE COMMITTEE ON  
ANTI-TERRORISM

The Honourable David P. Smith, P.C., *Chair*

The Honourable Pierre Claude Nolin, *Deputy Chair*  
and

The Honourable Senators:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Andreychuk               | Jaffer           |
| Baker, P.C.              | Joyal, P.C.      |
| Day                      | * LeBreton, P.C. |
| Fairbairn, P.C.          | (or Comeau)      |
| * Hervieux-Payette, P.C. | Segal            |
| (or Tardif)              |                  |
| *Ex officio members      |                  |
| (Quorum 4)               |                  |

LE COMITÉ SÉNATORIAL SPÉCIAL SUR  
L'ANTITERRORISME

*Président* : L'honorable David P. Smith, C.P.

*Vice-président* : L'honorable Pierre Claude Nolin  
et

Les honorables sénateurs :

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| Andreychuk               | Jaffer           |
| Baker, C.P.              | Joyal, C.P.      |
| Day                      | * LeBreton, C.P. |
| Fairbairn, C.P.          | (ou Comeau)      |
| * Hervieux-Payette, C.P. | Segal            |
| (ou Tardif)              |                  |
| *Membres d'office        |                  |
| (Quorum 4)               |                  |

**MINUTES OF PROCEEDINGS**

OTTAWA, Monday, May 12, 2008  
(10)

[*English*]

The Special Senate Committee on Anti-terrorism met this day at 1:30 p.m., in room 160-S, Centre Block, the chair, the Honourable David P. Smith, P.C., presiding.

*Members of the committee present:* The Honourable Senators Andreychuk, Day, Fairbairn, P.C., Joyal, P.C. and Smith, P.C. (5).

*Other senator present:* The Honourable Senator Kinsella (1).

*In attendance:* Jennifer Bird, Analyst, Library of Parliament.

Pursuant to the order of reference adopted by the Senate on Tuesday, March 11, 2008, the committee continued its examination on the provisions governing the security certificate process set out in the Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, as recently modified by An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 3, as well as to conduct a review of the operation of that process in the context of Canada's anti-terrorism framework. (*For complete text of order of reference, see proceedings of the committee, Issue No. 5.*)

**WITNESSES:**

*As individuals:*

Hamish Stewart, Professor, Faculty of Law, University of Toronto.

Craig Forcese, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa.

Mr. Stewart and Mr. Forcese each made a statement and together answered questions.

At 3:26 p.m., the committee adjourned to the call of the chair.

**ATTEST:**

*Le greffier du comité,*

Adam Thompson

*Clerk of the Committee*

**PROCÈS-VERBAL**

OTTAWA, le lundi 12 mai 2008  
(10)

[*Traduction*]

Le Comité sénatorial spécial sur l'antiterrorisme se réunit aujourd'hui à 13 h 30, dans la pièce 160-S de l'édifice du Centre, sous la présidence de l'honorable David P. Smith, C.P. (*président*).

*Membres du comité présents :* Les honorables sénateurs Andreychuk, Day, Fairbairn, C.P., Joyal, C.P et Smith, C.P. (5).

*Autre sénateur présent :* L'honorable sénateur Kinsella (1).

*Également présente :* Jennifer Bird, analyste, Bibliothèque du Parlement.

Conformément à l'ordre de renvoi adopté par le Sénat le 11 mars 2008, le comité poursuit son étude sur les dispositions relatives au processus de délivrance des certificats de sécurité figurant dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, modifiée récemment par la Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3, et à examiner le fonctionnement de ce processus dans le cadre du dispositif canadien de lutte contre le terrorisme. (*Le texte complet de l'ordre de renvoi figure au fascicule n° 5 des délibérations du comité.*)

**TÉMOINS :**

*À titre personnel :*

Hamish Stewart, professeur, faculté de droit, Université de Toronto.

Craig Forcese, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa.

M. Stewart et M. Forcese font des déclarations puis, ensemble, répondent aux questions.

À 15 h 26, le comité suspend ses travaux jusqu'à nouvelle convocation de la présidence.

**ATTESTÉ :**

## EVIDENCE

OTTAWA, Monday, May 12, 2008

The Special Senate Committee on Anti-terrorism met this day at 1:30 p.m. to study the provisions governing the security certificate process set out in the Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, as recently modified by an act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate), and to make a consequential amendment to another act, S.C. 2008, c. 3, as well as conduct a review of the operation of that process in the context of Canada's anti-terrorism framework.

**Senator David P. Smith** (*Chair*) in the chair.

[*English*]

**The Chair:** We are pleased to have with us today Professor Hamish Stewart from the Faculty of Law at the University of Toronto and Professor Craig Forcese from the Faculty of Law at the University of Ottawa.

Introductory remarks of about 10 minutes each would be appropriate. We have a biography of Mr. Stewart who has a doctorate from Harvard and Mr. Forcese studied at Yale University. Therefore, we have a high-end crowd appearing today.

**Hamish Stewart, Professor, Faculty of Law, University of Toronto, as an individual:** I thank the committee for the opportunity to appear. My particular areas of scholarship and teaching are criminal law and the law of evidence. It is with that background that I first read cases arising under the security certificate scheme of the Immigration and Refugee Protection Act.

The first time I saw one of these cases was reading it in a law report. I was surprised to learn this procedure was even available in Canada and, as I read the case further, I was more surprised to learn how it was conducted procedurally. Coming from my criminal law background, it looked like these allegations were of a criminal nature and as though the consequences for the person named in the certificate were of a criminal nature. The person named was detained potentially for an extremely long, even indefinite, period and, if released, that release would be only under strict conditions.

This case looked like criminal law to me, but it is not because it is in the Immigration and Refugee Protection Act, IRPA. When I first encountered these cases, I thought the procedural guarantees for the person named in the certificate would be high.

That leads me to the two areas I want to discuss. First, I want to speak briefly about what I called in my written submission, the premises underlying the security certificate scheme — why do we need this scheme at all. Second, I want to speak to particular aspects of Bill C-3.

## TÉMOIGNAGES

OTTAWA, le lundi 12 mai 2008

Le Comité sénatorial spécial sur l'antiterrorisme se réunit aujourd'hui à 13 h 30 pour étudier les dispositions relatives au processus de délivrance des certificats de sécurité figurant dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, modifiée récemment par la Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3, et à examiner le fonctionnement de ce processus dans le cadre du dispositif canadien de lutte contre le terrorisme.

**Le sénateur David P. Smith** (*président*) occupe le fauteuil.

[*Traduction*]

**Le président :** Nous sommes heureux d'accueillir aujourd'hui le professeur Hamish Stewart, de la Faculté de droit de l'Université de Toronto, et le professeur Craig Forcese, de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Je vous invite tous deux à faire une déclaration liminaire d'une dizaine de minutes. D'après sa biographie, M. Stewart est détenteur d'un doctorat de Harvard. Quant à M. Forcese, il a fait ses études à l'Université Yale. Nous accueillons donc aujourd'hui des témoins de haut vol.

**Hamish Stewart, professeur, faculté de droit, Université de Toronto, à titre personnel :** Je remercie le comité de son invitation à comparaître. Mes domaines d'études et d'enseignement sont le droit pénal et le droit de la preuve. C'est dans cette optique que j'ai d'abord pris connaissance des cas découlant du processus de délivrance des certificats de sécurité figurant dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

C'est en consultant un recueil de jurisprudence que j'ai lu un compte rendu portant sur l'un de ces cas. J'ai été étonné d'apprendre que cette procédure était disponible au Canada et, en fouillant davantage, j'ai été encore plus étonné de voir de quelle façon elle était appliquée. Compte tenu de mon bagage en droit pénal, il m'a semblé qu'en l'occurrence, les allégations, ainsi que les conséquences pour la personne désignée dans le certificat, étaient de nature pénale. La personne ainsi nommée pouvait être détenue pendant une période extrêmement longue, voire indéterminée et, advenant sa libération, celle-ci serait assujettie à des conditions très sévères.

À mes yeux, ce processus ressortissait au droit pénal, mais il n'en est rien puisqu'il relève de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, la LIPR. Après avoir pris connaissance de ces cas, je me suis dit que les garanties procédurales accordées à la personne nommée dans un certificat seraient élevées.

Voilà qui m'amène aux deux sujets que je veux aborder. Premièrement, je veux parler brièvement de ce que j'ai appelé dans mon mémoire écrit les prémisses sous-jacentes au processus de délivrance des certificats de sécurité, soit les motifs justifiant un tel processus. Deuxièmement, je veux traiter de certains aspects particuliers du projet de loi C-3.

On the premises underlying the scheme, if we need the scheme at all, it must be because there are non-citizens inadmissible on grounds of security that for some reason cannot be dealt with adequately or handled through ordinary procedures of immigration law and criminal law. If the allegations against these perceived security threats could be dealt with through the ordinary processes, we would not need the security certificate scheme.

The second premise appearing to underlie this scheme is that there is information that the government wants to do two things with. First, it wants to use the information against the named person but, secondly, the government also wants to keep the information secret. If we did not have that feature, we probably would not need the security certificate scheme.

As an academic who does not practice and has never practiced law nor dealt with these matters in a practical way, I admit it is hard to know whether these propositions are correct. However, it is worth pointing out that they must be correct to need the security certificate scheme. Although I cannot be sure whether they are right or wrong, I have my doubts they are correct.

With respect to the first premise, there would be advantages to using the criminal trial process to deal with the kind of allegation we have seen in these security certificate cases rather than dealing with them through an immigration proceeding. If we look at the jurisdiction-conferring provisions in section 7 of the Criminal Code, they give expansive jurisdiction to Canadian trial courts to deal with terrorist offences no matter where the conduct occurs in the world.

I am not sure they give our courts jurisdiction to deal with any allegation of terrorism any time, anywhere. However, they are broad and the allegations made against the people detained under security certificates probably fall within that jurisdiction.

Proceeding in that way would have a number of advantages. Instead of being subjected to this rather odd procedure under the security certificate scheme, the person would have all the usual protections we have in criminal law. At the end of the proceeding, we would know whether the person was guilty or innocent of the allegations to a high standard of proof. If convicted, the sentence would be significant, but at least determinate as opposed to the indefinite detention under the IRPA.

On the second premise, secrecy of information, this premise is difficult to assess as someone who does not practice law. My concern about the use of secret information in this way is that it is unchallenged in an important way. It is difficult to challenge precisely because it is secret. Therefore, it can seem to mean much more than it actually does in the mind of the

S'agissant des prémisses sous-jacentes au processus, s'il est nécessaire, c'est probablement parce qu'il y a des non-citoyens inadmissibles pour des motifs de sécurité qui, pour une raison quelconque, ne peuvent être traités adéquatement selon la procédure habituelle du droit de l'immigration et du droit pénal. Si les allégations relatives à cette perception d'une menace pour la sécurité pouvaient être traitées selon la procédure habituelle, nous n'aurions pas besoin du processus des certificats de sécurité.

La seconde prémisse sur laquelle ce processus semble reposer concerne des renseignements dont le gouvernement veut se servir à deux fins. Premièrement, il veut se servir de ces renseignements contre la personne nommée, mais, deuxièmement, il veut aussi garder ces renseignements secrets. N'eût été de cette caractéristique, nous n'aurions sans doute pas besoin du processus des certificats de sécurité.

En tant que professeur qui ne pratique pas et qui n'a jamais pratiqué le droit, ni traité ces questions dans un contexte pratique, j'admets qu'il est difficile de savoir si ces prémisses sont fondées. Toutefois, il est utile de signaler qu'elles doivent l'être pour justifier la nécessité du processus des certificats de sécurité. Bien que je ne puisse affirmer avec certitude qu'elles sont bonnes ou mauvaises, je doute qu'elles soient fondées.

En ce qui a trait à la première prémisse, il serait préférable d'opter pour un procès pénal plutôt que pour une instance en immigration pour examiner le genre d'allégations portées dans les affaires impliquant des certificats de sécurité. Les dispositions de l'article 7 du Code criminel en matière de compétence confèrent aux tribunaux de première instance canadiens toute compétence pour sanctionner des actes criminels liés au terrorisme, peu importe où ils ont été perpétrés dans le monde.

Cela dit, je ne suis pas certain que ces dispositions habilitent nos tribunaux à se pencher sur toute allégation concernant des actes terroristes commis n'importe où et n'importe quand. Toutefois, ces dispositions ont une vaste portée et les allégations portées contre les personnes détenues en vertu de certificats de sécurité tombent sans doute sous le coup de cette juridiction.

Il serait avantageux de procéder de cette façon à bien des égards. Au lieu d'être assujettie à cette procédure plutôt curieuse dans le contexte du processus des certificats de sécurité, la partie visée jouirait de toutes les protections habituellement associées au droit pénal. À l'issue d'une procédure pénale, nous saurions si la personne est coupable ou innocente des allégations portées contre elle à la suite de l'application d'une norme de preuve élevée. Toute personne reconnue coupable se verrait imposer une lourde peine, mais à tout le moins, cette peine serait déterminée, contrairement à la détention pour une période indéterminée autorisée en vertu de la LIPR.

N'étant pas un praticien du droit, il m'est difficile d'évaluer la seconde prémisse, soit la confidentialité des renseignements. L'utilisation de renseignements secrets en pareil cas me préoccupe parce qu'elle peut être difficilement contestée. Il est difficile de contester les renseignements en question, précisément parce qu'ils sont secrets. En conséquence, cela peut sembler beaucoup plus

decision maker. That feature of secret information was central to the problems the Supreme Court of Canada identified in *Charkaoui*.

If these two premises are correct then, yes, we need the security certificate scheme. If they are not, we do not need it. I cannot tell you whether they are true, but it is helpful to bear in mind the underlying assumptions of this scheme.

My second area of discussion relates to particular points in Bill C-3, the government's response to the Supreme Court decision in *Charkaoui*. Accept for the sake of argument that the security certificate scheme is something we need, that it is an appropriate way to deal with non-citizens suspected to be security threats to Canada, and that the government has a valid interest in keeping some of this information secret. What are the problems with the security certificate scheme?

Under the former scheme, the Supreme Court said that process for determining the reasonableness of the certificate was so unfair that it was constitutionally deficient. Specifically, the court said that the scheme did not satisfy the "case to meet" principle, a principle of fundamental justice under section 7 of the charter. That principle is the requirement for a person affected by this kind of an allegation to know the case put against him or her and therefore they are able to respond to the case put against him or her.

The court recognized the government's legitimate interests in keeping information secret and, therefore, did not say it was necessary to give the affected person all the information. Instead, the court said that either full disclosure must be provided or what it called a substantial substitute for this kind of disclosure must be provided.

Bill C-3 attempts to provide this substantial substitute by a system of special advocates. I looked at the testimony this committee heard in February. Therefore, I know you have heard a lot about special advocates. I am not sure I have much to say that is different from what you heard, but let me make a quick point about the special advocate.

The special advocate is supposed to receive all the information and other evidence provided to the judge but not disclosed under the statute. The special advocate is given an important role in the proceedings in dealing with this evidence when the person named in the certificate is absent. However, once the special advocate has received the information, the statute says that the special advocate may communicate with the person only with the judge's authorization and subject to any conditions the judge considers appropriate.

Undoubtedly, there will be a constitutional challenge to this scheme and it will focus on this limit.

significatif que ce n'est le cas dans l'esprit du décideur. La confidentialité des renseignements a été au coeur des problèmes relevés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Charkaoui*.

Si ces deux prémisses sont fondées, alors oui, nous avons besoin du processus des certificats de sécurité. Si elles ne le sont pas, nous n'en avons pas besoin. Je ne peux pas vous dire si elles sont fondées, mais il est utile de garder à l'esprit les hypothèses qui sous-tendent ce processus.

Mon deuxième sujet de discussion concerne des points particuliers du projet de loi C-3, qui est la réponse du gouvernement à la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Charkaoui*. Supposons, aux fins de la discussion, que le processus des certificats de sécurité soit nécessaire, que c'est une façon appropriée de traiter des non-citoyens soupçonnés de présenter un risque pour la sécurité du Canada; supposons aussi que le gouvernement ait des raisons valables de vouloir garder secrète une partie de ces renseignements. Quels sont les problèmes que pose le processus des certificats de sécurité?

À propos du régime précédent, la Cour suprême a jugé que le processus de détermination du caractère raisonnable du certificat était injuste au point d'être incompatible avec la Constitution. Plus précisément, la cour a déclaré que ce processus ne respecte pas le principe des garanties juridiques, un principe de la justice fondamentale en vertu de l'article 7 de la Charte. Ce principe exige qu'une personne visée par de telles allégations soit informée de la preuve pesant contre elle et, par conséquent, qu'elle puisse y répondre.

La cour a reconnu qu'il était dans l'intérêt légitime du gouvernement de garder certains renseignements secrets; en conséquence, elle n'a pas dit qu'il était nécessaire de communiquer à la personne visée la totalité des renseignements. Au lieu de cela, la cour a déclaré qu'il faut, soit communiquer la totalité des renseignements à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel.

Le projet de loi C-3 propose une solution de rechange en instaurant un système d'avocats spéciaux. J'ai lu les témoignages que votre comité a entendus en février dernier. Par conséquent, je sais qu'on vous a beaucoup parlé des avocats spéciaux. Je ne crois pas avoir grand-chose à ajouter qui soit différent de ce que vous avez déjà entendu, mais permettez-moi de présenter un bref argument à ce sujet.

L'avocat spécial est censé recevoir la totalité des renseignements et des éléments de preuve fournis au juge qui n'ont pas été divulgués en vertu de la mesure. L'avocat spécial joue un rôle important dans cette procédure puisqu'il a accès à la preuve en l'absence de la personne désignée dans le certificat. Toutefois, une fois que l'avocat spécial a pris connaissance des renseignements sensibles, la mesure stipule qu'il peut communiquer avec la personne visée uniquement avec l'autorisation du juge, et selon les conditions jugées appropriées par ce dernier.

Il ne fait aucun doute que ce régime fera l'objet d'une contestation en vertu de la Constitution et que celle-ci sera centrée sur cette contrainte.

Given this limit on the special advocate to speak to the named person without authorization from the judge and without functioning under conditions imposed by the judge, is the special advocate a substantial substitute for the provision of information directly to the detainee and detainee's counsel? It is difficult to know the answer. In February, this committee heard many witnesses say that the scheme is unconstitutional. I am tempted to agree but we need time to see how this system works out in practice and how severe these constraints are on the special advocate's role. Some people who have been put on the list of special advocates are excellent lawyers with a great deal of experience in this kind of work. As time passes, they will be able to tell us whether the system works. At least they will be in a position to provide an evidentiary basis for determining whether the system works. Will the detainee be able to respond effectively to the secret evidence in some way through the special advocate? If so, then the system will be found to be a substantial substitute and will be constitutionally upheld; if not, it will not be upheld.

A final point about the special advocate: Even if the special advocate system can scrape by constitutionally and barely satisfy the demands by the Supreme Court of Canada for procedural fairness in this area, I do not see why Parliament did not provide a more robust special advocate model in Bill C-3. The job of Parliament, one might think, is not to satisfy the minimal requirements that the Supreme Court of Canada has imposed but rather to put a good system in place. Mr. Forcese has had more to say in the past about other special advocate models. My understanding is that the special advocate model under the Security Intelligence Review Committee, SIRC, process is not as limited as the model in Bill C-3 and would almost certainly have passed constitutional muster with the Supreme Court of Canada. It is unfortunate that the model was not incorporated into Bill C-3 rather than the restricted model that was put in place.

I will turn to the last item I wish to discuss. Two aspects of the security certificate scheme that I, as a legal academic and as a citizen, found to be a matter of great concern were not addressed in Bill C-3. That is unfortunate because Bill C-3 was an opportunity to do something about these features of the scheme. It was a missed opportunity.

First, the security certificate scheme permits a person to be detained indefinitely, although it does not say that a person should be detained indefinitely. The underlying assumption seems to be that the person will be released but there is no limit in the statute as to how long a person can be detained. There is no sense in the statute that the longer the person is detained the more likely it will be that the person will be released. Indefinite detention without any judicial determination that a person is a threat to the security of Canada is extremely troubling. I wish that Bill C-3 had modified the statute in some way to

Étant donné qu'on limite la capacité de l'avocat spécial de communiquer avec la personne nommée, sous réserve d'une autorisation du juge et selon les conditions imposées par lui, l'avocat spécial est-il une solution de rechange valable à la divulgation directe des renseignements à la personne détenue et à son conseil? Il est difficile de répondre à cette question. En février, de nombreux témoins qui ont comparu devant le comité ont mis en doute la constitutionnalité de ce régime. Je suis enclin à leur donner raison, mais le temps nous dira comment le système fonctionne en pratique, et dans quelle mesure ces contraintes constituent une entrave sérieuse au rôle de l'avocat spécial. Certaines personnes inscrites sur la liste des avocats spéciaux sont d'excellents avocats qui ont beaucoup d'expérience dans ce genre de travail. Avec le temps, ils pourront nous dire si le système fonctionne. À tout le moins, ils seront en mesure de fournir un fondement probatoire nous permettant de déterminer si le système fonctionne. Le détenu sera-t-il en mesure de contester efficacement les éléments de preuve secrets par l'entremise de l'avocat spécial? Dans l'affirmative, on jugera que le système constitue une solution de rechange valable et sa constitutionnalité sera reconnue; dans le cas contraire, elle ne le sera pas.

Un dernier point au sujet de l'avocat spécial. Même si l'on reconnaît du bout des lèvres la constitutionnalité du système de l'avocat spécial, même s'il répond à peine aux exigences de la Cour suprême du Canada en matière d'équité procédurale, je ne vois pas pourquoi le Parlement n'a pas présenté un modèle d'avocat spécial plus solide dans le projet de loi C-3. Le rôle du Parlement n'est pas de satisfaire aux exigences minimales imposées par la Cour suprême du Canada, mais de mettre en place un bon système. M. Forcese a déjà présenté des exposés très étoffés au sujet d'autres modèles d'avocat spécial. Je crois savoir que le modèle d'avocat spécial relevant du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, le CSARS, n'est pas aussi limité que le modèle figurant dans le projet de loi C-3, et il aurait certainement été accepté par la Cour suprême du Canada du point de vue du droit constitutionnel. Il est malheureux que ce modèle n'ait pas été intégré au projet de loi C-3 plutôt que le modèle restreint qui a été mis en place.

Je vais maintenant passer à mon dernier point. Deux aspects du processus des certificats de sécurité qui me préoccupent énormément, en tant que citoyen et professeur de droit, n'ont pas été abordés dans le projet de loi C-3. Cela est regrettable parce que le projet de loi C-3 était une occasion de modifier ces caractéristiques du processus, une occasion ratée.

Premièrement, le processus des certificats de sécurité autorise la détention d'une personne pour une période indéterminée, sans pour autant affirmer qu'une personne devrait être détenue indéfiniment. L'hypothèse sous-jacente semble être que la personne sera remise en liberté, mais la mesure ne précise aucune limite de temps en matière de détention. Il n'y est mentionné nulle part que plus une personne est détenue pendant une longue période, plus sa mise en liberté est probable. Toute détention pour une période indéterminée, sans qu'un tribunal détermine qu'une personne présente un risque pour la sécurité

make it easier for detainees to be released the longer they are in detention, or something that would reduce the possibility of someone being indefinitely detained.

Second, as it stands, the act permits deportation of a person who will face torture or cruel or inhumane treatment in another country. In *Suresh*, the Supreme Court of Canada said deportation under those circumstances perhaps would be acceptable in exceptional circumstances. Again, whether the Supreme Court will stick to that position when faced with a person who is being deported to face torture is another question. Whether the court will stick to that exception, it would have been desirable for Parliament to act by statutorily overruling the *Suresh* exception; to make a commitment not to deport people to face torture, no matter the security threat; and to find another way to control that security threat. In that sense, I echo the comments of Alex Neve, Secretary General, Amnesty International Canada, who appeared before the committee last February. Do we need the security certificate scheme? Maybe; I am unsure. Bill C-3's special advocate system might not satisfy the constitutional requirements laid down in *Charkaoui*. However, even if it satisfies those requirements, a more robust system would have been desirable.

My last point is that some problems with the scheme could have been fixed while it was before Parliament in the form of Bill C-3; and it is unfortunate they were not fixed.

**Craig Forcese, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa, as an individual:** Thanks for having me here to discuss Bill C-3 and its aftermath. I agree with everything that Mr. Stewart has said. I will attempt to amplify some of his comments. I will talk about three things: first, the detention and conditional release under Bill C-3, section 81; section 83 and the nature of the disclosure, not to the special advocate but to the named persons; and section 83.4 and the restriction on communication by the special advocate after seeing the secret information. I do not want to duplicate comments that you heard in February so I will go beyond those comments.

The detention provisions in Bill C-3 codify a practice of the Federal Court that has evolved over the last several years. Bill C-3 and the prior incarnation of the security certificate process allow detention of persons subject to a certificate when a warrant for detention is signed. The Federal Court practice emerged to review that detention and potentially to allow the person to be released under strict conditions and practice if the Federal Court views that release subject to conditions as consistent with national security. That provision is codified in section 81 in sequence.

du Canada, est extrêmement troublante. J'aurais souhaité que le projet de loi C-3 modifie la loi afin qu'une détention prolongée pave la voie à la mise en liberté du détenu, ou que l'on réduise la possibilité qu'une personne soit détenue indéfiniment.

Deuxièmement, sous sa forme actuelle, la loi autorise la déportation d'une personne susceptible d'être soumise à la torture ou à un traitement cruel ou inhumain dans un autre pays. Dans l'arrêt *Suresh*, la Cour suprême du Canada a déclaré que la déportation vers un pays pratiquant la torture serait acceptable dans des circonstances exceptionnelles. Quant à savoir si la Cour suprême maintiendra cette position lorsqu'elle sera saisie du cas d'une personne qui risque la torture à la suite de sa déportation, c'est une autre affaire. Que la cour maintienne cette exception ou non, il aurait été souhaitable que le Parlement intervienne pour infirmer l'exception *Suresh* par voie législative en prenant l'engagement de ne pas déporter des gens qui risquent la torture, peu importe la menace qu'ils présentent envers la sécurité, et en trouvant une autre façon de la juguler. En ce sens, je fais écho aux commentaires d'Alex Neve, secrétaire général d'Amnistie Internationale Canada, qui a comparu devant le comité en février dernier. Avons-nous besoin d'un processus de délivrance de certificats de sécurité? Peut-être. Je n'en suis pas sûr. Le système d'avocat spécial présenté dans le projet de loi C-3 risque de ne pas satisfaire aux exigences constitutionnelles établies dans l'arrêt *Charkaoui*. Toutefois, même s'il y satisfait, un système plus solide aurait été souhaitable.

En dernier lieu, j'estime que certains problèmes que présente le processus auraient pu être réglés lorsque le Parlement en était saisi, par l'entremise du projet de loi C-3. Dommage qu'il ne l'ait pas été.

**Craig Forcese, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa, à titre personnel :** Je vous remercie de m'avoir invité à comparaître pour discuter du projet de loi C-3 et de ses conséquences. Je suis d'accord avec les propos de M. Stewart et j'essaierai d'étoffer certains de ses commentaires. J'aborderai trois éléments : premièrement, l'article 81 du projet de loi C-3 sur la détention et la mise en liberté; deuxièmement, l'article 83 sur la nature de la divulgation des renseignements, non pas à l'avocat spécial, mais à la partie nommée; et troisièmement, le paragraphe 83.4 sur les restrictions s'appliquant aux communications de l'avocat spécial, une fois qu'il a pris connaissance des renseignements sensibles. Comme je ne veux pas répéter les commentaires que vous avez entendus en février, j'approfondirai quelque peu la question.

Les dispositions du projet de loi concernant la détention codifient une pratique de la Cour fédérale qui a évolué au cours des quelques dernières années. Le projet C-3 et la précédente incarnation du processus de délivrance des certificats de sécurité autorisent la détention de personnes faisant l'objet d'un certificat de sécurité, sous réserve de l'obtention d'un mandat de détention signé. En pratique, la Cour fédérale examine cette détention et peut autoriser la mise en liberté de l'intéressé, selon des conditions strictes, pour peu qu'elle estime que cela ne risque pas de compromettre la sécurité nationale. Cette disposition est codifiée à l'article 81, dans l'ordre.



Mr. Stewart has identified the problem with that provision. The detention and release subject to strict conditions is not formally tied to an extant removal proceeding. In other words, the nominal expectation is that an individual is detained pending deportation but if that deportation falls off the rails for whatever reason, nothing in the Immigration and Refugee Protection Act precludes the detention from potentially persisting indefinitely. The language of the statute is clear in that as long as the person is viewed as a national security threat, that person can be detained under IRPA.

How and in what circumstance might a person be subject to a security certificate who is no longer subject to a deportation order? Let me propose that, probably in the next 6 to 12 months, we will encounter such a circumstance whereby the efforts to remove one of these individuals will fall apart on grounds under section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — the fear of torture issue.

If removal to torture is impermissible, the IRPA permits them to be detained potentially indefinitely or subject to release under strict conditions. This situation could turn into an immigration law-based system of indefinite detention of foreign nationals. On this issue of *Suresh* and the exceptional circumstances in which a person could be removed to torture, the Supreme Court has signalled that it would not allow such a removal to torture. In *R. v. Hape*, the decision one year ago indicated that the Charter, in most instances, is to be interpreted in a consistent manner with Canada's international obligations, which are emphatic that we cannot remove to torture. If the Supreme Court meant what it said in *Hape*, there can no longer be a *Suresh* exception.

The closest analogy to this system of indefinite detention that would be available for a citizen would be a peace bond under section 810.01 of the Criminal Code: a detention without a criminal prosecution, or something close to it. A peace bond does not allow incarceration but it could allow a person to be subject to stringent conditions. If the so-called "preventive detention" provision from the Anti-terrorism Act is re-enacted, it would be another vessel available for the government to place conditions on the actions and behaviour of a citizen.

The difference between the Immigration and Refugee Protection Act regime and the system available under the Criminal Code — the peace bond system — is that the peace bond system does not allow outright detention and, more than that, the peace bond system is in open court. There is no secret evidence. IRPA would allow detention and serious conditions on release subject to secret evidence. The Canadian Criminal Code, which will be applied to citizens, would not.

M. Stewart a signalé le problème que comporte cette disposition. La détention et la mise en liberté assortie de sévères conditions ne sont pas formellement liées à une procédure de renvoi existante. Autrement dit, en théorie, un individu est détenu en attendant sa déportation; mais si cette déportation déraile, pour une raison ou une autre, aucune disposition dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés n'interdit que cette détention se poursuive indéfiniment. Le libellé de la loi est clair : aussi longtemps que la personne est considérée comme une menace à la sécurité nationale, elle peut être détenue en vertu de la LIPR.

De quelle façon, et dans quelles circonstances, une personne visée par un certificat de sécurité pourrait-elle se soustraire à une ordonnance d'expulsion? Je crois qu'au cours des six à douze prochains mois, nous serons confrontés à une situation où les efforts en vue d'expulser un de ces individus échoueront à la suite d'un recours à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — la possibilité de la torture.

S'il n'est pas permis d'expulser une personne qui risque la torture, selon la LIPR, cette personne peut, soit être détenue indéfiniment, soit être mise en liberté selon des conditions très strictes. Cette situation pourrait déboucher sur un système de détention pour une période indéfinie applicable aux ressortissants étrangers en vertu de la Loi sur l'immigration. Dans l'affaire *Suresh*, se référant aux circonstances exceptionnelles qui pourraient justifier le renvoi d'une personne risquant la torture, la Cour suprême a fait savoir qu'elle n'autoriserait pas un tel renvoi. Dans l'affaire *R. c. Hape*, l'arrêt rendu il y a un an établit que, dans la plupart des cas, la Charte doit être interprétée en conformité des obligations internationales du Canada, lesquelles lui interdisent catégoriquement tout renvoi en cas de risque de torture. Si la Cour suprême était sincère dans l'arrêt *Hape*, il ne peut y avoir d'exception *Suresh*.

Au plan analogique, ce qui se rapproche le plus de ce système de détention pour une période indéfinie serait un engagement de ne pas troubler l'ordre public en vertu de l'article 810.01 du Code criminel : une détention sans poursuite pénale, ou quelque chose d'approchant. Une personne tenue de contracter un engagement de ne pas troubler l'ordre public ne peut être incarcérée, mais elle pourrait devoir se soumettre à des conditions sévères. Si la disposition dite de « détention préventive » de la Loi antiterroriste est reconduite, ce serait un autre instrument dont le gouvernement pourrait se servir pour régir le comportement et les activités d'un citoyen.

La différence entre le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et le système disponible en vertu du Code criminel — l'ordonnance de bonne conduite —, c'est que ce système ne permet pas la détention sans conditions. Qui plus est, tout se passe devant un tribunal public. Il n'y a pas de preuve secrète. La LIPR autoriserait la détention, ainsi que l'application de strictes conditions à la mise en liberté, en fonction d'une preuve secrète. Le Code criminel canadien, applicable aux citoyens, ne le ferait pas.

That situation is an invitation for a section 15 equality rights Charter challenge, one ducked by the Supreme Court in *Charkaoui*. We are setting up the possibility that the issue will go to the Supreme Court. The Supreme Court will say we have a separate and more draconian indefinite detention regime for foreign nationals.

The United Kingdom immigration law, until recently, allowed indefinite detention of foreign nationals. However, the House of Lords said it was anathema to a civilized society. More than that, it was never demonstrated that foreign nationals are more dangerous than citizens. Therefore, the U.K. law is inconsistent with the European Convention on Human Rights. In the wake of that argument, the United Kingdom government passed “control orders,” a system of draconian limitations on liberty applicable to both foreign nationals and citizens.

In essence, we are walking down the same path, albeit in slow motion. In the next year or two, this committee may confront this issue.

I am not sure I have a solution to avoid that conundrum. I think there should be a “squeal point” in the immigration law where the detention is indefinite, the person is no longer subject to removal and everything shifts to the Criminal Code. That squeal point is not in Bill C-3.

To refer to a point Mr. Stewart raised, I would be content with a system where the standard of proof imposed on the government under the immigration law ratcheted up over time. If a person was in detention for say, five years, the onus on the government in terms of what they must show to justify this detention would increase markedly over time; an “escalator” in terms of the obligations on the government.

I have two other points.

Section 83 of IRPA relates to disclosure to the named person. At present, under IRPA, the judge is supposed to approve a sanitized version of the evidence against the named person for release to that individual. That situation has been true under the prior incarnation of IRPA and is true under Bill C-3. However, what the judge decides can go into that sanitized summary is dependent on the national security preoccupations; if the judge agrees that the information that would be released would be prejudicial to national security, it will not go into the summary.

That system is different than is available under the closest equivalent on the criminal side, which is the Canada Evidence Act. In that act is a balancing. The judge contemplates whether this information could be prejudicial to the national security against a countervailing fair trial interest and, in these circumstances. The judge can decide that the judge thinks the

Cette situation ouvre la porte à une contestation en vertu de l'article 15 de la Charte, qui établit l'égalité des droits, ce qu'a évité la Cour suprême dans l'affaire *Charkaoui*. Ce faisant, nous créons la possibilité que cet aspect soit soumis à la Cour suprême. Les juges de la Cour suprême diront que l'on applique aux ressortissants étrangers un régime de détention indéfinie distinct et plus draconien.

Jusqu'à récemment, la loi sur l'immigration du Royaume-Uni autorisait la détention indéfinie des ressortissants étrangers. Toutefois, la Chambre des lords a déclaré que c'était une abomination dans une société civilisée. De plus, il n'a jamais été prouvé que les ressortissants étrangers sont plus dangereux que les citoyens. En conséquence, la loi britannique contrevient à la Convention européenne des droits de l'homme. Sensible à cet argument, le gouvernement du Royaume-Uni a adopté des « ordonnances de contrôle », un système de limites draconiennes à la liberté, applicable à la fois aux citoyens et aux ressortissants étrangers.

Essentiellement, nous suivons le même cheminement, quoique plus lentement. D'ici un an ou deux, votre comité sera sans doute confronté à cette question.

Je ne suis pas sûr d'avoir une solution pour éviter cette impasse. À mon avis, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés devrait renfermer un mécanisme en vertu duquel, en cas de détention pour une durée indéterminée, la personne ne peut plus faire l'objet d'une ordonnance d'expulsion et son cas devient du ressort du Code criminel. Ce déclencheur n'existe pas dans le projet de loi C-3.

Pour revenir à un point soulevé par M. Stewart, je me satisferais d'un système où la norme de preuve imposée au gouvernement en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés serait relevée graduellement. Si une personne est gardée en détention pendant, disons cinq ans, le fardeau de la preuve du gouvernement justifiant cette détention augmenterait sensiblement au fil du temps. Il y aurait donc une « gradation » des obligations du gouvernement.

Il me reste deux autres points.

L'article 83 de la LIPR porte sur la divulgation des renseignements à la personne nommée. Présentement, en vertu de la LIPR, le juge est censé approuver une version édulcorée de la preuve produite contre la personne désignée à des fins de divulgation à cette personne. Il en était ainsi en vertu de la précédente incarnation de la LIPR, et c'est encore la même chose dans le projet de loi C-3. Toutefois, le juge décide ce qui peut être intégré dans ce résumé édulcoré en se fondant sur des considérations de sécurité nationale; si le juge convient que les renseignements devant être communiqués à la partie nommée risquent de porter atteinte à la sécurité nationale, ils ne seront pas intégrés au résumé.

Ce système est différent de ce qui s'en rapproche le plus du côté pénal, soit la Loi sur la preuve au Canada. Dans cette mesure, il y a un équilibre. Le juge pèse le pour et le contre : d'un côté, le risque que posent les renseignements pour la sécurité nationale et, de l'autre, la tenue d'un procès juste. Dans les circonstances, le juge peut estimer que l'intérêt d'un procès juste est prépondérant

fair trial interest outweighs the prejudice to national security, and therefore, the judge orders release. That balancing is not available under the IRPA. That seems to be a missed opportunity in Bill C-3.

It is also inconsistent with what is happening in the United Kingdom. In October, the U.K. House of Lords concluded that, even with the presence of a special advocate, there are circumstances where a fair trial will demand more disclosure to an individual. Therefore, the trial judge retains discretion to demand fuller disclosure, and if the government balks at that disclosure, the case is tossed. That summarized rendition is what the House of Lords concluded in October.

My last point is in relation to subsection 85.4(2). The special advocates are concerned about this issue. You heard about the restrictions on the special advocates with regards to communications with the interested party once they have seen the secret information. However, there is even greater overbreadth in the language of the statute. The statute does not say the special advocate cannot communicate on the substance of the secret information. It says the special advocate cannot communicate on the proceedings.

According to the letter of the law, the special advocate cannot have communication on anything relating to the proceedings with anyone without permission of the judge. The special advocates are flummoxed by this language, wondering if that provision implies they cannot communicate with their paralegals when the information we ask them to collect is public. Special advocates will be looking to the Federal Court for guidance. If common sense prevails, the Federal Court will narrow the ambit of this language in its practice.

However, the current language is broad. Having spoken to the special advocates, they are concerned about the implications of this language on their ability to function.

**The Chair:** Thank you. Senators can ask questions of either speaker.

**Senator Joyal:** Senator Kinsella may go first.

**Senator Kinsella:** Thank you, senator. I will accept your kind offer only because I have the Speaker of the Parliament of Northern Ireland coming in at 2:30 p.m.

Professors, thank you for your presentations. I have three areas I want to probe. One is regarding comparative studies. In your research and readings, have you looked at other free and democratic societies, in the language in section 1 of the Charter, to see how they handle these issues? Have you come across other democratic societies where they have come up with legislation that is better than Bill C-3?

My second question flows from the first one, and Professor Forcese alluded to the issue when he drew reference to the European Convention on Human Rights as well as to our international obligations under refugee law. In terms of international standards of rights and freedoms — and the

par rapport à une atteinte possible à la sécurité nationale et, conséquemment, ordonner la communication des renseignements. Cet équilibre n'existe pas dans la LIPR. Il semble que ce soit une occasion qu'on ait ratée dans le projet de loi C-3.

De plus, cette façon de procéder va à l'encontre de ce qui se fait au Royaume-Uni. En octobre, la Chambre des lords britannique est arrivée à la conclusion que nonobstant la présence d'un avocat spécial, dans certaines circonstances, la tenue d'un procès juste exigera une divulgation plus poussée à l'intéressé. En conséquence, le juge de première instance conserve le pouvoir discrétionnaire d'exiger une divulgation intégrale des éléments de preuve, et si le gouvernement refuse de s'y plier, l'affaire est close. Voilà, en bref, la décision qu'a rendue la Chambre des lords en octobre.

Mon dernier point porte sur le paragraphe 85.4(2). Les avocats spéciaux sont préoccupés par cette disposition. On vous a parlé des restrictions imposées aux communications des avocats spéciaux avec la partie intéressée une fois qu'ils ont pris connaissance des renseignements sensibles. Toutefois, le libellé de la mesure a une portée encore plus excessive. La mesure ne dit pas que l'avocat spécial ne peut communiquer la teneur des renseignements sensibles, mais qu'il ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance.

Selon la lettre de la loi, l'avocat spécial ne peut communiquer quoi que ce soit concernant l'instance à quiconque, sans l'autorisation du juge. Les avocats spéciaux sont démontés par cette formulation. Ils se demandent si cette disposition implique qu'ils ne peuvent communiquer avec leurs techniciens juridiques lorsque l'information qu'on leur demande de réunir est du domaine public. Les avocats spéciaux vont attendre des directives de la Cour fédérale. Si le bon sens prévaut, la Cour fédérale restreindra la portée de ce libellé dans la pratique.

Toutefois, le libellé actuel est très large. Je me suis entretenu avec des avocats spéciaux et je peux vous dire qu'ils s'inquiètent de ses répercussions sur leur capacité de fonctionner.

**Le président :** Merci. Les sénateurs peuvent interroger l'un ou l'autre témoin.

**Le sénateur Joyal :** Le sénateur Kinsella peut commencer.

**Le sénateur Kinsella :** Merci, sénateur. Comme je dois accueillir le Président du Parlement de l'Irlande du Nord à 14 h 30, j'accepte votre aimable offre.

Professeurs, je vous remercie de vos exposés. Je veux approfondir trois domaines. Le premier concerne les études comparatives. Dans vos recherches et dans vos lectures, vous êtes-vous penchés sur la façon dont d'autres sociétés libres et démocratiques, pour reprendre la formulation de l'article 1 de la Charte, réagissent face à ces questions? Avez-vous trouvé d'autres sociétés démocratiques où l'on a réussi à formuler une mesure législative supérieure au projet de loi C-3?

Ma deuxième question fait suite à la première, et le professeur Forcese a effleuré le sujet lorsqu'il a fait référence à la Convention européenne sur les droits de l'homme, ainsi qu'à nos obligations internationales en vertu du droit des réfugiés. S'agissant des normes internationales relatives aux droits et aux libertés — et au

so-called balancing between freedoms on the one hand and security on the other hand — are we learning from the fundamental principles that underlie those international treaties?

For example, I draw your attention to article 4 of the U.N. International Covenant on Civil and Political Rights that Canada ratified many years ago. The covenant provides that, in times of national emergency, even when the life of the nation itself is threatened, certain rights are provided for by the covenant that are non-derogable. One is torture. That premise undergirds our international obligations. A lot of these obligations turn on this concept in section 1 of our Charter — limitations as provided for in free and democratic societies. Therefore, we must speak to and study all free and democratic societies so that we learn best practices from them.

Can you comment, please?

**Mr. Forcese:** The first element of the question is the comparative experience. Speaking specifically about special advocates, to the best of my knowledge, the countries that have developed a “full bore” special advocate model are Canada and the United Kingdom. New Zealand tried it but it was a disaster. The United States opens the door to a special advocate-like feature in their immigration law. However, to the best of my knowledge, the United States has never used the anti-terrorism provisions in their immigration law. They dealt with suspected terrorists under other provisions of their immigration law.

One is wary here but under the Guantanamo process, the military commission process, although it is not quite a special advocate model, they have rules on disclosure. However, the process is conducted in a military environment so the analogy is not a close one.

You asked whether anyone has done it better than us. The answer is no. When Lorne Waldman and I conducted research a year ago on comparative special advocate models in both New Zealand and the United Kingdom, the special advocates there said they hoped we would come up with a Cadillac version that will put pressure on their governments to improve the model they employ in New Zealand the United Kingdom.

The irony is that we did not come up with a Cadillac version. We did a cut-and-paste job of what they have had in the United Kingdom for some time. We have not done it any worse, but we certainly have not done it any better than the other jurisdictions I am familiar with.

More than that, we have moved away from the Security Intelligence Review Committee model, which Mr. Stewart noted. That model was a better approach in my view and, incidentally, was the inspiration for the United Kingdom model. The SIRC model was the inspiration for the United Kingdom; it was debased there and now it has come back to Canada in its debased form. This transatlantic cycle would be nice to break.

prétendu équilibre entre les libertés civiles, d’une part, et les impératifs de la sécurité, d’autre part —, nous sommes-nous inspirés des principes fondamentaux qui sous-tendent ces traités internationaux?

Par exemple, j’attire votre attention sur l’article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, que le Canada a ratifié il y a de nombreuses années. Cette disposition stipule qu’en cas d’urgence, même si « un danger public exceptionnel menace l’existence de la nation », on ne peut déroger à certains droits, et l’un d’eux est la protection contre la torture. Nos obligations internationales reposent sur cette prémisse. Bon nombre de ces obligations s’articulent autour du concept énoncé à l’article 1 de notre Charte, où il est question « des limites qui soient raisonnables dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Par conséquent, nous devons étudier ce qui se fait dans toutes les sociétés libres et démocratiques pour savoir quelles sont les pratiques optimales en la matière.

Pouvez-vous commenter, s’il vous plaît?

**M. Forcese :** Le premier élément de votre question est l’expérience comparative. Si l’on parle spécifiquement des avocats spéciaux, à ma connaissance, les seuls pays qui ont élaboré un modèle d’avocat spécial « gros calibre » sont le Canada et le Royaume-Uni. La Nouvelle-Zélande a fait un essai qui s’est avéré catastrophique. Les États-Unis ont aussi ouvert la porte à un processus d’avocat spécial dans leur loi sur l’immigration. Toutefois, que je sache, les États-Unis n’ont jamais eu recours aux dispositions antiterroristes de leur loi sur l’immigration. Ils invoquent d’autres dispositions de cette loi à l’égard des personnes soupçonnées d’activités terroristes.

Je marche sur des oeufs ici, mais dans le cadre du processus de Guantanamo, du processus de la commission militaire, même s’il ne s’agit pas tout à fait d’un modèle d’avocat spécial, on a établi des règles sur la divulgation des renseignements. Toutefois, comme ce processus est mené dans un environnement militaire, l’analogie n’est pas très juste.

Vous voulez savoir si un autre pays a fait mieux que nous. La réponse est non. Lorsque Lorne Waldman et moi avons effectué une recherche l’an dernier sur les modèles comparatifs d’avocat spécial en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni, les avocats spéciaux de ces pays nous ont dit qu’ils espéraient que le Canada concevrait une version Cadillac du modèle, ce qui inciterait leurs propres gouvernements à améliorer le modèle utilisé chez eux.

Ironiquement, nous n’avons pas conçu une version Cadillac du modèle. Nous avons effectué un copier-coller de ce qui existait au Royaume-Uni depuis un certain temps. Nous n’avons pas fait pire, mais nous n’avons certainement pas fait mieux que les autres pays que j’ai étudiés.

Qui plus est, nous nous sommes éloignés du modèle du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, comme l’a fait remarquer M. Stewart. À mon avis, ce modèle était une meilleure approche. Soit dit en passant, il a servi d’inspiration pour le modèle britannique. Le modèle du CSARS a été l’inspiration du Royaume-Uni; il a été édulcoré là-bas et c’est sous cette forme édulcorée qu’il revient maintenant au Canada. Il serait bon de rompre ce cycle transatlantique.

On article 4 on derogations under the international covenant, I think you are right. There are certain rights, torture being one, where there is no prospect of derogation as a matter of international law — nor should there be, it seems to me. I cannot imagine any circumstance where the fate of a nation rests on whether it can remove someone in an immigration proceeding to suffer torture overseas. I cannot imagine a circumstance where that would be necessary to save a nation. It seems to me there is room for absolutes in some areas and this is an appropriate one. I do not know if that addresses your questions in full.

**Mr. Stewart:** I agree with everything that Mr. Forcese said on that point. On your point about non-derogation, it is interesting that, as far as I know, no one has asserted that it is a time of national emergency. Obviously, terrorism is a terrible threat to people and states, but at least in Canada, it has not been asserted that it amounts to a national emergency. I think such an assertion would be implausible at the moment. Even if there was a possibility of derogation on the ground that there was a national emergency, I do not think we are facing one.

I thought you might want us to talk about section 1 of the Charter and the prospects for finding a limit on a right in the Charter. I want to say a couple of things about that section.

*Charkaoui* is really a section 7 case, I think. If I remember it correctly, the section 1 analysis is not detailed. I could be misremembering it, but I remember it as a section 7 case, where the court says that, given the importance of the interests that are at stake here — detention and possible deportation — the degree of procedural fairness required by section 7 is high, and this statute does not provide it.

There is no question the system of special advocates is better than what was there before, so we have something better. Will the court say this no longer violates section 7, or will they say it still violates section 7 but maybe we can uphold it under section 1?

I am not sure where the court will slot that in, but my sense is that whether it is done under section 7 or under section 1, the government would have a stronger case if the special advocate model was more robust; that is, if it was more like the SIRC model where there can be continuing communication between the named person and the special advocate. The government's ability to claim either that this is not a section 7 violation or, if it is, it could be upheld under section 1, will be enhanced. It would have been easier to defend the legislation in court if that provision had been put into Bill C-3.

**Senator Kinsella:** I have one supplementary question. In the world that we have been through post-9/11, and the world we experience even today, many would argue that the public does

En ce qui concerne l'article 4 sur les dérogations au pacte international, je pense que vous avez raison. Il existe certains droits, notamment la protection contre la torture, où aucune dérogation n'est possible et, à mon avis, ne devrait être possible, en droit international. Je ne peux imaginer une situation où le sort d'une nation dépendrait de sa capacité d'expulser, à la suite d'une instance en immigration, une personne qui risquerait d'être torturée dans un autre pays. Je ne peux imaginer une situation où cela serait nécessaire pour sauver une nation. J'estime qu'il y a place pour des absolus dans certains domaines, et c'en est un. Je ne sais pas si cela répond complètement à vos questions.

**M. Stewart :** Je suis d'accord avec tout ce que vient de dire M. Forcese à ce sujet. À propos de votre argument concernant la non-dérogation, je trouve intéressant que personne, à ma connaissance, n'ait fait valoir que nous sommes en présence d'une urgence nationale. À l'évidence, le terrorisme est une menace terrible pour les populations et les États, mais à tout le moins, au Canada, on n'a pas affirmé que cette menace constitue une urgence nationale. Je pense qu'une telle assertion ne serait pas plausible en ce moment. Même s'il existait une possibilité de dérogation au motif qu'il s'agissait d'une urgence nationale, je ne pense pas que nous soyons confrontés à une telle urgence.

Je croyais que vous voudriez que l'on parle de l'article 1 de la Charte et des possibilités de trouver des limites raisonnables dans le cadre d'une société libre et démocratique. J'aimerais dire une chose ou deux au sujet de cet article.

À mon avis, la cause *Charkaoui* s'articule essentiellement autour de l'article 7. Si ma mémoire est bonne, l'analyse de l'article 1 n'est pas détaillée. Ma mémoire peut me jouer des tours, mais si je ne m'abuse, c'est une cause fondée sur l'article 7. Selon la Cour suprême, compte tenu de l'importance des intérêts en jeu — la détention et, possiblement, l'expulsion — la norme d'équité procédurale exigée par l'article 7 est élevée, et la loi ne la garantit pas.

Il ne fait aucun doute que le système d'avocats spéciaux représente une amélioration par rapport à ce qui existait auparavant. Par conséquent, nous avons quelque chose de mieux. Mais la Cour suprême va-t-elle convenir que ce processus ne contrevient plus à l'article 7? Ou affirmer qu'il contrevient encore à l'article 7, mais qu'il peut être acceptable aux termes de l'article 1?

Je ne sais pas de quel côté la Cour suprême penchera, mais les arguments du gouvernement seraient plus convaincants si le modèle de l'avocat spécial était plus solide; autrement dit, s'il s'apparentait davantage au modèle du CSARS, qui permet des communications soutenues entre la partie désignée et l'avocat spécial. Le gouvernement serait ainsi mieux placé pour affirmer, soit que le processus ne constitue pas une violation de l'article 7 ou, si c'est le cas, qu'il pourrait être maintenu en vertu de l'article 1. Si une telle disposition figurait dans le projet de loi C-3, il serait plus facile pour le gouvernement de défendre cette mesure législative devant les tribunaux.

**Le sénateur Kinsella :** J'ai une question supplémentaire. Compte tenu de l'état du monde après les attentats du 11 septembre et encore aujourd'hui, de nombreux observateurs

not sense the same level of threat today that was sensed immediately after 9/11. I come back to the question of theoretically, at least, the level of threat to the life of the nation.

Even when the threat is severe, there are limits to what right can be derogated from. However, if the threat is so distant, should the law reflect reality in that sense? Is the scheme we have here perhaps responding to a threat that is not the reality of our times?

**Mr. Stewart:** I am inclined to agree with that statement. The only reason I hesitate to agree completely brings me back to the secret evidence issue that I alluded to at the beginning. In these proceedings, as far as I can tell from reading the cases, the government repeatedly asserts they have a lot of information, it is compelling, but they cannot tell us what it is. Who knows? Maybe that is true. If it is true, maybe things are worse than we think. However, as a person who does not have access to that information, I am inclined to agree with you.

**Senator Joyal:** I will pick up on the saving clause of section 1 of the Charter. Professor Stewart, the *Charkaoui* decision dealt with that issue rather extensively, from paragraphs 66 to 84 of the decision. The court answered no when asked if the infringement of the immigration section dealing with security certificates was an infringement meeting a reasonable limit prescribed by law under section 1 of the Charter. The court said, "It is unnecessary to answer this question."

The court discussed and studied at length the implication of section 1 in relation to anti-terrorism. As I read the decision, they discussed two aspects of the unreasonable limit. For the first aspect, they asked if there were less intrusive alternatives. They did not put the question in absolute terms. They said, does an alternative system exist to the one contemplated in the first instance?

On the second aspect in their discussion of the act, they said that the IRPA scheme does not minimally impair the named person's rights. In other words, more or less, they applied the first of the three questions of the Oakes test, the study of the system in place.

Is the system meeting the objective? They said yes, its objective is national security, which is legitimate in a free and democratic society. Is the system in place in proportion to the objective sought? Is there an alternative that is less intrusive or less of a limit to the rights of the person?

The court spoke at length, in my opinion, as to the impact of section 1 of the Charter, in relation, as you quoted rightly, to section 4, the international covenant. There are limits that are not acceptable in any free and democratic society, and torture is one of those limits.

feraient valoir que la menace ne semble pas aujourd'hui aussi présente qu'elle l'était immédiatement après le 11 septembre. Je reviens à la question théorique du niveau de menace à la survie de la nation.

Même lorsque cette menace est aiguë, on ne peut déroger à certains droits. Toutefois, si la menace n'est pas aussi présente, la loi ne devrait-elle pas refléter la réalité à cet égard? Le processus dont nous sommes dotés ne correspond peut-être pas à une menace véritable en ce moment?

**M. Stewart :** Je serais enclin à me ranger à cet avis. La seule raison pour laquelle j'hésite à m'y rallier complètement, c'est la question de la preuve secrète dont j'ai parlé au début de mon exposé. Au cours de ces instances, d'après ce que j'ai pu lire au sujet des causes en question, le gouvernement a réitéré à maintes reprises qu'il dispose d'une mine de renseignements concluants, mais qu'il ne peut nous les communiquer. Qui sait? C'est peut-être vrai. Si c'est vrai, les choses sont peut-être pires que nous le pensons. Toutefois, comme je n'ai pas accès à cette information, j'ai tendance à être d'accord avec vous.

**Le sénateur Joyal :** Je vais revenir sur la disposition de sauvegarde de l'article 1 de la Charte. Professeur Stewart, dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême aborde en détail cette question, dans les paragraphes 66 à 84 de sa décision. La cour a répondu non, lorsqu'on lui a demandé si l'atteinte aux droits imposée par l'article de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés portant sur les certificats de sécurité était une violation qui satisfaisait aux critères des limites raisonnables prescrites en droit en vertu de l'article 1 de la Charte. Le tribunal a dit : « Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. »

La Cour suprême a étudié en profondeur l'implication de l'article 1 en relation avec la lutte contre le terrorisme. D'après la décision, les juges ont discuté de deux aspects du caractère déraisonnable des limites. En ce qui concerne le premier aspect, ils se sont demandé s'il existait des solutions moins attentatoires. Ils n'ont pas posé la question en termes absolus. Ils se sont simplement demandé s'il existait des solutions moins attentatoires que celles envisagées la première fois.

Dans leur discussion du deuxième aspect de la loi, ils ont déclaré que le processus créé par la LIPR ne porte pas atteinte minimalement aux droits de la personne désignée. Autrement dit, les juges ont plus ou moins appliqué la première des trois questions du test Oakes, soit l'étude du système en place.

Le système permet-il de réaliser l'objectif visé? Ils ont répondu oui : son objectif est la sécurité nationale, ce qui est légitime dans une société libre et démocratique. Le système en place est-il proportionnel à l'objectif visé? Existe-t-il une solution de rechange moins dérangeante ou moins attentatoire aux droits de la personne?

À mon avis, la cour s'est exprimée longuement au sujet de l'incidence de l'article 1 de la Charte en rapport avec l'article 4 du pacte international, que vous avez cité à juste titre. Dans toute société libre et démocratique, certains droits ne souffrent pas de limites, et la protection contre la torture est l'un de ces droits inaliénables.

What prompted the further study of Bill C-3, professors, is that we were limited in our capacity to evaluate the impact of Bill C-3 because we were working with a time constraint. We had less than a couple of days, as you know. Instead of including a three-year review clause in the bill that would have postponed everything to three years down the road, this committee settled for a capacity from the government, of course, with the consent of the opposition, to review Bill C-3 in a more extensive manner and to come up with a recommendation by the end of this year. We thought that approach was more useful.

We still have the capacity to address the weaknesses of the special advocate system. Therefore, professors, I conclude the following from your presentations this afternoon. First, Professor Stewart, you concentrated your first set of remarks on the capacity of the special advocate to go beyond the information provided — that was the first element that I retained from your presentation — and then the capacity to give to the detainee access to elements of information that would be deemed sufficient for the person to prepare his or her defence, which, in your opinion, is better met in a SIRC model than in the special advocate model; the way that Bill C-3 has provided for now.

Do I interpret your position correctly?

**Mr. Stewart:** I will say one or two things; my colleague may have more to say. On your preliminary remark about the *Charkaoui* decision, you are right to remind me that there is discussion in section 1 of *Charkaoui*. I did not remember it that way because the Supreme Court has never upheld a section 7 violation under section 1. When I read the case, I probably switched off a bit when I arrived at the section 1 part. You are right that the court, in *Charkaoui*, wrestles with the same issue under section 1 that they will wrestle with again, under Bill C-3.

I am not sure whether they will deal with that issue as a section 7 or section 1 issue, but the substance of the issue will be the same: Does the special advocate system provide enough adversarial rights so that we can say the system is fair? I think it will be dealt with one way or another.

On the question of the special advocates, I think Professor Forcese knows a lot more about the SIRC process than I do, so I hope he will have something to say about this subject. My sense is that the SIRC process would do a much better job of enabling the person to respond to the allegations than the special advocate system does. As for going beyond the information provided, I am not sure which one is better. The special advocate system does not give much that way. There is no express ability to do that in the bill as it is enacted. The special advocate is to receive the same information that the judge receives, and so he or she is not automatically able to go beyond that information.

A section in the bill allows the special advocate to exercise other powers with the authorization of the judge. Section 85.2(c) of the new act enables the special advocate to exercise, with the

Ce qui a amené le comité à poursuivre son étude du projet de loi C-3, professeur, c'est que des contraintes de temps avaient limité notre capacité d'évaluer l'incidence de cette mesure. Comme vous le savez, nous n'avons eu que quelques jours. Au lieu d'inclure dans la mesure un article exigeant un examen triennal, ce qui aurait repoussé de trois ans toute possibilité d'analyse, notre comité a obtenu du gouvernement, avec le consentement de l'opposition, bien entendu, l'autorisation d'examiner le projet de loi C-3 de façon plus approfondie et de lui présenter une recommandation d'ici la fin de l'année. Nous avons jugé que cette approche était plus utile.

Il demeure possible de remédier aux faiblesses du système de l'avocat spécial. En conséquence, professeurs, je conclus ce qui suit de vos exposés de cet après-midi. Premièrement, professeur Stewart, vous vous êtes concentré, dans un premier temps, sur la capacité de l'avocat spécial d'aller au-delà des renseignements fournis — c'est le premier élément que j'ai retenu de votre exposé — et ensuite, sur la capacité d'accorder au détenu l'accès aux éléments de preuve qui auraient été jugés suffisants pour lui permettre de préparer sa défense. À ce propos, vous êtes d'avis que cette exigence serait mieux servie par un modèle inspiré du CSARS que par le modèle de l'avocat spécial qui a été privilégié jusqu'à maintenant dans le projet de loi C-3.

Est-ce que j'interprète correctement votre position?

**M. Stewart :** Je vais réagir brièvement, et mon collègue voudra peut-être compléter ma réponse. Au sujet de votre remarque préliminaire concernant l'arrêt *Charkaoui*, vous avez bien fait de me rappeler qu'il renferme une discussion de l'article 1. Je ne m'en rappelais pas ainsi, car la Cour suprême n'a jamais accueilli une atteinte à l'article 7 en vertu de l'article 1. Lorsque j'ai lu la cause, mon esprit a sans doute vagabondé quelque peu lorsque je suis arrivé à la partie concernant l'article 1. Vous avez tout à fait raison : dans l'affaire *Charkaoui*, la cour est confrontée à la même question à propos de l'article 1, et elle y sera de nouveau confrontée à propos du projet de loi C-3.

Je ne sais pas si elle abordera cette question sous l'angle de l'article 7 ou de l'article 1, mais le fond du problème est le même : le processus de l'avocat spécial permet-il un exercice suffisant des droits dans un contexte contradictoire pour que l'on puisse affirmer qu'il est équitable? Je pense que la cour devra se prononcer dans un sens ou dans l'autre.

Concernant les avocats spéciaux, le professeur Forcese en sait beaucoup plus long que moi au sujet du processus du CSARS, et j'espère qu'il interviendra à ce sujet. À mon avis, le processus du CSARS permettrait beaucoup mieux à la partie intéressée de réagir aux allégations que le système de l'avocat spécial. Pour ce qui est d'aller au-delà des renseignements fournis, j'ignore quel processus est le meilleur. Le système de l'avocat spécial ne permet pas une grande marge de manoeuvre à cet égard. Le projet de loi n'autorise rien de façon explicite. L'avocat spécial reçoit les mêmes renseignements que le juge; par conséquent, il ou elle n'est pas automatiquement en mesure d'aller plus loin.

Un article du projet de loi autorise l'avocat spécial à exercer d'autres pouvoirs avec l'autorisation du juge. L'alinéa 85.2c) de la nouvelle mouture autorise l'avocat spécial à « exercer, avec

judge's authorization, "any other powers that are necessary to protect the interests of" the person named in the certificate. I think that provision is broad enough to give this possibility of going beyond the information provided, but the judge must be persuaded that it is a suitable thing to do in the circumstances.

**Senator Joyal:** On that point, Professor Forcese, is it fair to contend that section 85.2(c) will allow the special advocate to call witnesses to seek answers from the detainee's counsel and to add to its capacity a legal team to provide a better capacity to mount a rebuttal? Do you understand my point? In other words, are we able to build a real system of defence with section 85.2(c)? The act does not spell out clearly all the elements needed to defend oneself or to test the information that is claimed to be a national security concern, confidential or out of reach for the detainee. However, with that section, can we put into place both the capacity to rebut the confidentiality of that information or the truthfulness of that information? Second, is it possible under that section to obtain from the defence lawyer, or the detainee's lawyer, a capacity to involve the detainee under this provision of the judge so that the detainee is able to mount a real defence?

**Mr. Forcese:** The answer is possibly. The way that officials in the Department of Justice have described Bill C-3 to me is a template. It is a template; the details are to be filled in by the Federal Court. The issue of continued access, for example, between special advocate and interested person and their counsel is subject to the order of the judge. The Federal Court judges have a lot of discretion now to develop a system. I will come back to this issue of disclosure to the special advocate in a second, but there is also discretion on the part the Federal Court judges, perhaps by employing section 85.2(c), to concoct a system that enhances the adversarial capacity of either special advocate or the interested party and their counsel to mount an adequate defence. It is in the hands of the Federal Court.

I agree with Professor Stewart that what the Federal Court does with this provision ultimately will determine the success of these constitutional challenges, which are inevitable. If the Federal Court is too restrictive, then it will be awkward for the government to defend Bill C-3. If it is too expansive, then we could end up with the Cadillac system to which I referred earlier.

There are limits to what they can do with section 85.2(c) in terms of enhancing the capacity of the special advocate. The Federal Court judge, like everyone else, will be preoccupied with not spilling the beans on the government's secret information. Whatever powers or authorization the special advocate claims and receives from the judge under section 85.2(c) will be hedged closely by an obligation not to disclose secret information. Presumably, that obligation would involve disclosure of secret information to a paralegal, associates and partners in their law firm. I do not think we will get away from the prospect of special advocates as lonely barristers in silos fighting the entire government apparatus. The only way we address that prospect

l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne désignée dans le certificat. À mon avis, cette disposition a une portée suffisamment large pour ouvrir la porte à d'autres formes d'interventions, mais le juge doit être convaincu que cela est acceptable dans les circonstances.

**Le sénateur Joyal :** À ce sujet, professeur Forcese, peut-on affirmer que l'alinéa 85.2c) autorisera l'avocat spécial à interroger des témoins, à obtenir des réponses du conseil du détenu et à grossir les rangs de son équipe juridique afin de se doter d'une meilleure capacité de réfuter la preuve? Comprenez-vous mon argument? Autrement dit, sommes-nous en mesure de monter une véritable défense aux termes de l'alinéa 85.2c)? La loi ne précise pas clairement tous les éléments jugés nécessaires pour assurer une défense ou pour contester les renseignements qui suscitent prétendument des préoccupations de sécurité nationale, qui sont confidentiels ou non accessibles pour le détenu. Toutefois, en invoquant cet article, peut-on se doter de la capacité de réfuter le caractère confidentiel de ces renseignements ou leur authenticité? Deuxièmement, est-il possible, aux termes de cet article, d'obtenir de l'avocat de la défense, ou du conseil du détenu, la capacité de faire participer le détenu à toute audience tenue devant le juge pour qu'il puisse être en mesure de bâtir une véritable défense?

**M. Forcese :** Possiblement. Les fonctionnaires du ministère de la Justice m'ont dit que le projet de loi C-3 est un modèle. C'est un modèle dont les détails seront précisés par la Cour fédérale. La question de l'accès continu, par exemple, entre l'avocat spécial et la partie intéressée et son conseil, est assujettie à l'ordonnance du juge. Les juges de la Cour fédérale ont présentement une grande marge de manoeuvre pour instaurer un système. Je reviendrai sur cette question de la divulgation à l'avocat spécial dans une seconde, mais les juges de la Cour fédérale ont le pouvoir discrétionnaire, peut-être en invoquant l'alinéa 85.2c), d'instaurer un système qui rehausse la capacité contradictoire, soit de l'avocat spécial, soit de la partie intéressée et de son conseil, de bâtir une défense appropriée. Cela est entre les mains de la Cour fédérale.

Je partage l'opinion du professeur Stewart : la façon dont la Cour fédérale interprétera cette disposition déterminera en bout de ligne le succès des contestations constitutionnelles qui sont inévitables. Si la Cour fédérale adopte une interprétation trop restrictive, le gouvernement aura du mal à défendre le projet de loi C-3. Si son interprétation est trop large, on pourrait se retrouver avec le système Cadillac que j'ai évoqué tout à l'heure.

Il y a des limites à ce qu'on peut faire pour accroître la capacité de l'avocat spécial aux termes de l'alinéa 85.2c). Le juge de la Cour fédérale, comme tous les autres intervenants, sera soucieux de ne pas révéler les renseignements sensibles du gouvernement. Quelle que soit l'autorisation ou les pouvoirs que l'avocat spécial réclamera et recevra du juge en vertu de l'alinéa 85.2c), ils seront contrebalancés par l'obligation de ne pas divulguer des renseignements sensibles. Présument, cette obligation viserait la divulgation de renseignements confidentiels à un technicien juridique, aux associés et partenaires du cabinet d'avocat. Je ne pense pas que l'on puisse envisager la perspective que des avocats spéciaux mènent en solo et dans des silos une lutte contre



is if we have a standing office of special advocate support like they do in the United Kingdom, where they have security-cleared paralegals, associates and solicitors assisting the special advocate.

I mentioned before the overbreadth on the language about communication and that once the special advocate has seen the secret information, the special advocate cannot talk about the proceeding. Special advocates are saying, "Can we not communicate with one another? We are all security cleared. Why can we not share institutional knowledge?"

The concern is that communication is precluded by the act. That concern perhaps can be cured by a sufficiently nuanced Federal Court judge, but right now the act, as read, suggests that special advocates cannot communicate between themselves. That is a real concern for special advocates, because in the United Kingdom, one thing that makes them more effective is sharing institutional knowledge. The government may claim something in this case that may be directly opposed to what they claimed in that case. That kind of swapping of information enhances their capacity. The secrecy issue limits the system that might be cobbled together.

I want to make a point about the Security Intelligence Review Committee model. The SIRC model is better on two grounds. Continued access has never been an issue for SIRC. They see the secret information, they take questions and they have meetings with the interested party and their counsel. I think you will hear from counsel for SIRC at some point. She can describe that process in detail. They meet and it has never been an issue.

On full disclosure, the issue of what is disclosed to SIRC, SIRC is supposed to see everything except cabinet confidences from the Canadian Security Intelligence Service, CSIS. In practice, that does not mean they go to CSIS headquarters and rifle through the files. There is a filter. CSIS gives them the information and they sit in what is called the bunker in the CSIS headquarters and they look at that information. If there is something in that information, such as a memo referring to another memo that seems material but is not in the package they have been given, they can ask for the other memo and CSIS must deliver. Counsel and the interested party have that power statutorily. They also have a substantial amount of experience reading CSIS material. They have an institutional knowledge that may not be shared by all special advocates.

In the special advocate model under Bill C-3, the language of the statute says the special advocate is supposed to receive everything the judge sees. There is also Federal Court

l'appareil gouvernemental tout entier. La seule façon de remédier à ce problème est de mettre sur pied un bureau permanent d'avocats spéciaux, comme on l'a fait au Royaume-Uni. Ce bureau est composé de techniciens juridiques, d'associés et d'avocats détenant une habilitation de sécurité qui font équipe avec l'avocat spécial.

J'ai déjà mentionné la portée excessive du libellé concernant les communications et le fait qu'une fois que l'avocat spécial a pris connaissance des renseignements confidentiels, il ne peut parler de l'instance. Les avocats spéciaux s'interrogent : « Ne pouvons-nous pas communiquer les uns avec les autres? Nous avons tous une habilitation de sécurité. Pourquoi ne pouvons-nous pas partager des connaissances institutionnelles? »

Le problème, c'est que la communication est interdite par la loi. Un juge de la Cour suprême adoptant une position suffisamment nuancée pourrait peut-être atténuer cette préoccupation, mais pour l'instant, la mesure législative sous sa forme actuelle établit que les avocats spéciaux ne peuvent communiquer entre eux. C'est une préoccupation majeure pour les avocats spéciaux car au Royaume-Uni, l'élément qui leur permet d'être plus efficaces est ce partage du savoir institutionnel. Le gouvernement peut affirmer dans un cas quelque chose qui contredise directement ce qu'il a affirmé dans un autre. Cet échange d'information accroît leur capacité. L'obligation de la confidentialité restreint le système de défense qu'ils pourraient concevoir ensemble.

Je voudrais soutenir le modèle du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. Le modèle du CSARS est supérieur pour deux raisons. L'accès continu n'a jamais fait problème au sein du CSARS. Les membres du comité voient l'information confidentielle, ils peuvent poser des questions et ils ont des réunions avec la partie intéressée et son conseil. Je pense que vous entendrez ultérieurement la conseillère du CSARS. Elle pourra vous décrire le processus en détail. Le comité se réunit, et cela n'a jamais fait problème.

À propos de la divulgation intégrale et de ce qui est divulgué au CSARS, le comité est censé tout voir, sauf l'information confidentielle communiquée au cabinet par le Service canadien du renseignement de sécurité, le SCRS. En pratique, cela ne veut pas dire que les membres du comité vont fouiller dans les dossiers au siège social du SCRS. Il y a un filtre. Le SCRS leur donne l'information. Les membres du comité en prennent connaissance dans ce qu'on appelle le « bunker », au siège social du SCRS. S'il y a, dans la documentation, une note de service qui renvoie à une autre note de service apparemment pertinente, mais qui ne figure pas dans la documentation qu'on leur a fournie, ils peuvent demander à la voir et le SCRS doit la leur fournir. Le conseil et la partie intéressée ont ce pouvoir en vertu de la loi. Les membres du comité ont aussi une expérience considérable pour ce qui est d'examiner les documents du SCRS. Ils possèdent un savoir institutionnel que tous les avocats spéciaux ne pourront peut-être pas partager.

Dans le modèle d'avocat spécial prévu dans le projet de loi C-3, le libellé précise que ce dernier est censé recevoir tout ce que voit le juge. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale, le gouvernement

jurisprudence that the government has an obligation of utmost good faith; the government must give them everything the government has that is material and relevant. They cannot put only their best foot forward. At least, that is the way Federal Court jurisprudence has developed. What concerns me is that the government delivers this material and the special advocate, in that lonely silo, leafs through these piles of boxes. How able are the special advocates to press the issue of disclosure by going back to the judge to say, I do not think we have seen everything?

They will be underequipped relative to SIRC. That situation is a problem.

**Senator Joyal:** On the same grounds, can a special advocate trying to convince the Federal Court judge argue that if the special advocate relies on receiving authorization on the basis of the means developed in the U.K. to convince the judge, that it is possible to maintain the parameters of security but improve the system so that the special advocate is in a better position to represent the interests of the reliability of proof that is in front of the judge, and of course the rights of the detainee for a better defence?

**Mr. Forcese:** They can try, but that issue is a resourcing one. Language in Bill C-3, as you know, suggests that the government is supposed to resource the special advocate system adequately. There is no further definition of that resourcing. It would be hard to pre-define resourcing in a statute.

The special advocates are acutely concerned about this situation. I am told they will work in teams of two, so there will be two on each case. The first place they may go is to the court and say: we have problems; we are two lonely barristers against the entire government apparatus; the government does not have constraints on how they can share information amongst the persons working on this case, and we do; we want you to cure this problem.

The court probably will balk at obliging the spending of money because it will not see that as the purview of the court. Whether special advocates are adequately resourced seems to be a battle they will fight with the executive branch, the Department of Justice, and whether there should be something like the Special Advocates Support Office that exists in the United Kingdom.

The United Kingdom came to the Special Advocates Support Office after several years of intense controversy over the lack of resourcing.

**Senator Joyal:** Yes, it was mentioned in the *Charkaoui* decision at paragraph 83. It refers to a 2005 report of the House of Commons committee, where the committee, in reviewing the operation, concluded that they were not gifted enough in terms of resources to meet their objective.

à l'obligation de faire preuve de la plus entière bonne foi. Le gouvernement doit fournir aux avocats spéciaux tous les documents pertinents qu'il a en sa possession. Il ne peut pas se contenter de faire de son mieux. C'est à tout le moins la façon dont la jurisprudence de la Cour fédérale a évolué. Ce qui me préoccupe, c'est que le gouvernement fournisse la documentation et que l'avocat spécial, tout seul dans son silo, en soit réduit à fouiller dans un amas de boîtes. Comment les avocats spéciaux pourront-ils exercer des pressions auprès du juge pour obtenir une divulgation optimale en lui disant : Je ne pense pas avoir tout vu?

Ils seront sous-équipés par rapport au SCRS. Cette situation est problématique.

**Le sénateur Joyal :** Dans la même veine, un avocat spécial tentant de convaincre le juge de la Cour fédérale peut-il faire valoir que s'il reçoit une autorisation fondée sur les instruments conçus au Royaume-Uni, il est possible de maintenir les paramètres de la sécurité tout en améliorant le système? Ainsi, l'avocat spécial serait en meilleure position pour représenter les intérêts de la fiabilité de la preuve soumise au juge et, bien entendu, les droits du détenu à une meilleure défense?

**M. Forcese :** Ils peuvent essayer, mais c'est une question de ressources. Comme vous le savez, d'après le libellé du projet de loi C-3, le gouvernement est censé doter le système d'avocat spécial de ressources adéquates. On ne définit pas ce que l'on entend par là. Il serait plutôt difficile d'établir au préalable, dans une mesure législative, quelles sont les ressources nécessaires.

Les avocats spéciaux sont fort préoccupés par cette situation. On me dit qu'ils travailleront en équipes de deux; ils seront donc deux pour chaque cause. La première démarche qu'ils pourraient faire serait de s'adresser à la cour en disant : « Nous avons des problèmes; nous ne sommes que deux avocats contre tout l'appareil gouvernemental; le gouvernement n'est assujéti à aucune contrainte quant à la façon dont il peut partager l'information entre les personnes qui travaillent sur la cause, alors que nous le sommes; veuillez régler ce problème. »

La cour sera sans doute réticente à obliger le gouvernement à faire des débours car elle considérera que cela n'est pas de son ressort. La question de la suffisance des ressources dont devraient disposer les avocats spéciaux semble être une bataille qu'ils devront livrer auprès du volet exécutif, du ministère de la Justice. Il y a lieu de se demander si l'on ne devrait pas instituer une instance comme le Bureau de soutien aux représentants spéciaux, qui existe au Royaume-Uni.

Au Royaume-Uni, le Bureau de soutien aux représentants spéciaux a été mis sur pied après plusieurs années d'intense controverse au sujet du manque de ressources.

**Le sénateur Joyal :** Oui, cela a été mentionné au paragraphe 83 dans l'arrêt *Charkaoui*. On fait référence à un rapport du comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes de 2005 sur le fonctionnement de la SIAC. Ce comité est arrivé à la conclusion que la SIAC ne disposait pas des ressources suffisantes pour réaliser son objectif.

You say we should try to have a Cadillac but I think the objective should be to have a Bentley. Why not improve the system so that we devise it, as close as possible, to the SIRC model so that we achieve the same objective of maintaining security and protecting the rights of the detainee?

**Mr. Forcese:** You will have no argument from me.

**Senator Joyal:** In that context, which aspect of the bill would you improve to ensure that the SIRC model is parallel to the one that the special advocates contemplate?

**Mr. Forcese:** The quickest way to fix the problem is to take the language that denies the special advocate continued contact without permission of the judge and turn it on its head; in other words, continue contact subject to such restrictions as are reasonable to preserve national security. There is a presumption in favour of continued contact. In terms of the full disclosure issue, include a provision in the bill that one of the powers of the special advocate is to ask SIRC to certify to the special advocate and the judge that there has been full disclosure so that we have an independent third party other than the Government of Canada, which is prosecuting the case, that affirms whether there has been full disclosure.

**Senator Joyal:** That would be a preliminary confirmation that the “allegation” that the materials contain has been already proved?

**Mr. Forcese:** It will not be a perfect system in that we are dependent on how well SIRC will work in terms of probing whether there has been full disclosure. SIRC has had its own problems with CSIS information. There are instances where SIRC has not been provided with all the information and discovered that only late in the day. At the least, we need an experienced body and SIRC is that; it has experience reviewing CSIS and a relationship with CSIS that is independent of the government bringing the case, who is able to certify full disclosure. Disclosure ultimately will turn on relevancy. If the government lawyers are framing the case, their view of relevancy will be different from that of the special advocate who is trying to defend the case. That has been true in the United Kingdom. To have someone other than the government that is involved in the assessment of relevancy is important. SIRC seems to be the logical place because of its experience in reviewing this sort of information.

**Mr. Stewart:** To add to that briefly, I thought your question had an element of the following: Can we have something close to the SIRC model given the legislative language as it stands? I think we probably can, depending on how it is interpreted by the judges of the Federal Court, and how vigorously they are able to use some of these provisions in the bill. I think it is preferable to spell all this out and not to require the special advocates to expend their resources arguing those points. It would be better to put them in so special advocates do not

Vous dites qu'il faudrait tenter de se doter d'une Cadillac, mais je pense que notre objectif devrait être une Bentley. Pourquoi ne pas améliorer le système de façon à ce qu'il ressemble le plus possible au modèle du CSARS et nous permette de réaliser le même objectif du maintien de la sécurité et de la protection des droits du détenu?

**M. Forcese :** Ce n'est pas moi qui dirai le contraire.

**Le sénateur Joyal :** Dans ce contexte, quel aspect du projet de loi faudrait-il améliorer, selon vous, pour garantir que le modèle du CSARS réponde aux vœux des avocats spéciaux?

**M. Forcese :** La façon la plus simple de régler le problème est de renverser le libellé qui interdit à l'avocat spécial de maintenir un contact soutenu sans l'autorisation du juge; autrement dit, le contact pourrait se poursuivre sous réserve des restrictions jugées raisonnables pour protéger la sécurité nationale. Il y a une présomption en faveur de la poursuite du contact. En ce qui a trait à la divulgation complète, il faudrait inclure dans le projet de loi une disposition établissant que l'un des pouvoirs de l'avocat spécial est de demander au CSARS de lui confirmer, ainsi qu'au juge, qu'il y a bel et bien eu divulgation intégrale. De cette façon, une tierce partie indépendante, autre que le gouvernement du Canada, qui est la partie poursuivante, atteste qu'il y a eu une divulgation complète.

**Le sénateur Joyal :** Cela serait une confirmation préliminaire que « l'allégation » figurant dans les documents a déjà été prouvée?

**M. Forcese :** Le système ne serait pas parfait, en ce sens que nous serions à la merci de la diligence du CSARS pour ce qui est d'établir qu'il y a eu divulgation complète. Le CSARS lui-même a déjà eu des propres problèmes en ce qui concerne l'information du SCRS. Il y a eu des cas où le CSARS n'a pas reçu toute l'information, et l'on s'en est aperçu beaucoup plus tard. Nous avons besoin, minimalement, d'un organe expérimenté, et ce ne peut qu'être le CSARS. Le comité a l'habitude de surveiller le SCRS et il entretient avec le SCRS une relation indépendante du gouvernement, la partie poursuivante, ce qui lui permet d'attester le caractère complet de la divulgation. Au bout du compte, la divulgation repose sur la pertinence. Si les avocats du gouvernement sont parties prenantes à la poursuite, leur conception de la pertinence sera différente de celle de l'avocat spécial qui tente d'assurer la défense. Cela a été le cas au Royaume-Uni. Il est important qu'une tierce partie, autre que le gouvernement, participe à l'évaluation de la pertinence. Compte tenu de l'expérience qu'il possède en matière d'examen de ce type d'information, le CSARS semble l'organe logique pour s'en charger.

**M. Stewart :** Je voudrais ajouter un bref commentaire. Je croyais que votre question allait dans le sens suivant : Pouvons-nous nous doter d'un modèle qui s'apparente au CSARS compte tenu de la manière dont la mesure est rédigée à l'heure actuelle? À mon avis, c'est sans doute possible. Tout dépend de la façon dont les juges de la Cour fédérale interpréteront le libellé et dans quelle mesure ils seront capables de tirer parti de certaines dispositions du projet de loi. Selon moi, il est préférable de préciser tout cela d'entrée de jeu et

need to battle for them, possibly in each case before different judges until the court develops a collective sense of how these things will work.

**Senator Andreychuk:** You do not propose that the SIRC concept be taken on by the existing SIRC; you say to use the model we have, improving it towards a SIRC model? Do I understand both witnesses to say that?

**Mr. Forcese:** Yes.

**Senator Andreychuk:** One difficulty is the term, “full disclosure.” It is one that plagues prosecutors even in the criminal law. What do they disclose? What do they think is relevant and what do I think is relevant? We have yet to finish there in criminal law. We continue to evolve and to change with technology, because of full disclosure. How much better we would be with that example where we would reverse the question put to the judge and that we would deem full disclosure unless otherwise necessary for security. Full disclosure would only take us into another quagmire. That is my short question.

**Mr. Stewart:** It is true that there are problems with disclosure in criminal proceedings also. Given that criminal law is my particular area of interest, I would be delighted if I could have come to you with a solution to the problem of disclosure in criminal proceedings and have been able to say that we can apply that solution here as well. Unfortunately, I do not have that solution.

The standard for disclosure in criminal proceeding is stringent. The standard that the Supreme Court set in *Stinchcombe* is that everything must be disclosed unless it is clearly irrelevant or privileged.

From reading a lot of cases about non-disclosure, as I did at one time, one is left with the impression that it is rare for the Crown to be seriously in breach of this obligation nowadays. There are many cases in which the Crown has failed to disclose something that should have been disclosed under the *Stinchcombe* model, but there are not many cases in which, at the end, the court concludes that the non-disclosure mattered. There are problems with disclosure in criminal proceedings, but it seems to me that it is working reasonably well in terms of protecting the right to fair trial of the accused.

It would be desirable to have a statutory or regulatory structure in place for disclosure so that there would be clearer timelines for both Crown and defence counsel to do what they are supposed to do at various stages of the proceeding, so that these disclosure battles do not go on indefinitely. However, that is another topic.

de ne pas obliger les avocats spéciaux à consacrer leurs ressources à faire valoir ces arguments. Il serait préférable d'intégrer ces pouvoirs dans la mesure. Ainsi, les avocats spéciaux n'auront pas besoin de se battre pour les obtenir, possiblement au cas par cas, devant des juges différents, en attendant que la cour acquière une compréhension collective du fonctionnement du système.

**Le sénateur Andreychuk :** Vous ne proposez pas que ce modèle soit assumé par le CSARS existant. Vous préconisez d'utiliser le modèle que nous avons et de l'améliorer en le rendant semblable au modèle du CSARS? Ai-je bien compris que c'est ce que souhaitent les deux témoins?

**M. Forcese :** Oui.

**Le sénateur Andreychuk :** L'expression « divulgation complète » fait problème. Elle pose des difficultés aux procureurs de la Couronne même en droit pénal. Que divulguent-ils? Qu'est-ce qui est pertinent pour moi? Qu'est-ce qui l'est pour quelqu'un d'autre? Nous n'avons pas encore fini de nous coller avec ce concept en droit pénal. La jurisprudence continue d'évoluer et de changer en phase avec la technologie en raison de cette exigence de divulgation complète. Dans quelle mesure serions-nous plus avancés si l'on renversait la question posée au juge, si l'on tenait pour acquise la divulgation complète, à moins qu'il soit nécessaire de faire autrement pour des raisons de sécurité. Parler de divulgation complète nous plongerait dans un bourbier. Voilà ma brève question.

**M. Stewart :** Il est vrai qu'au criminel, la divulgation fait problème. Étant donné que le droit pénal est mon domaine de prédilection, je serais ravi de pouvoir vous proposer une solution et de vous dire qu'on peut aussi l'appliquer dans le présent contexte. Malheureusement, je ne possède pas cette solution.

La norme relative à l'obligation de divulguer qui s'applique en droit pénal est rigoureuse. La norme établie par la Cour suprême dans l'affaire *Stinchcombe* exige la communication de tous les renseignements, à moins qu'ils soient manifestement non pertinents ou protégés.

Après avoir lu quantités de causes portant sur la non-divulgation, on en retire l'impression qu'aujourd'hui, il est rare que la Couronne manque sérieusement à cette obligation. Il existe de nombreux cas où la Couronne n'a pas divulgué un élément qui aurait dû l'être selon le modèle *Stinchcombe*, mais il n'y en a guère où, en bout de ligne, la cour a conclu que cette non-divulgation avait de l'importance. Certes, l'obligation de divulgation est source de problèmes dans la procédure pénale, mais elle me semble raisonnablement efficace pour ce qui est de protéger le droit de l'accusé à un procès juste.

Il serait souhaitable qu'en matière de divulgation, on puisse compter sur un cadre législatif ou réglementaire qui régirait plus précisément la pratique à diverses étapes au cours de l'instance, tant à l'intention de la Couronne que de l'avocat de la défense, pour que les batailles concernant la divulgation ne s'éternisent pas. Quoi qu'il en soit, c'est un autre sujet.

In the context of security certificate proceedings, it is difficult, because any disclosure standard must take into account the national security interests of the government. There is no question about that.

I am still of the view that the special advocate should be entitled to disclosure on the criminal law model. Of course, that information will not all go to the named person, or to the public, or to the detained person's counsel, but I am of the view that if the special advocate is to do the job of representing the person's interests properly, the special advocate should have disclosure on the criminal model.

I say that in part because of what still seems to me to be the quasi-criminal nature of these proceedings. I know that the Minister of Public Safety appeared before you in February and said that this issue is an immigration matter and not a criminal law matter. It is true that the provision is part of the Immigration Act, so, in that sense, it is an immigration matter. However, given the importance of the individual interests at stakes, including the lengthy periods of detention involved, procedural protections must be high, and disclosure is one of those protections. For that reason, I believe that the procedural rights of the person in this situation should be as close as possible to what they would be in criminal proceedings, taking into account the national security context.

**Mr. Forcese:** The question is a difficult one. Part of it will be answered by the second *Charkaoui* case, which was argued in front of the Supreme Court in December, so we can expect a decision at any time.

At issue in that case, in part, is the nature of the disclosure obligation on the government to Mr. Charkaoui himself, the named party. The distinction between *Stinchcombe* and non-*Stinchcombe* is probably in play, although we do not know what the Supreme Court will do with it.

I am of the view, like Professor Stewart, that at least in relation to the special advocate, the current jurisprudence of the Federal Court, that is, utmost good faith, obligation to disclose everything that is relevant, comes close enough to *Stinchcombe* that what they disclose to the court is probably no different in law from what should be disclosed in a criminal proceeding.

The reason I am a proponent of a different institutional framework for certifying that disclosure is the nature of the proceeding and the information in question. In terms of the nature of the evidence, in a criminal proceeding, it is generally a discrete core of evidence, that is, things such as notes contemporaneously taken by the police officer and forensic evidence. It is not "connect the dots," but it is a much more discrete package of information than would be the case when dealing with security intelligence where information is provided by the Syrian intelligence agency or something coming out of Bagram Air Base from a U.S. army interrogation. A discrete, amorphous body of information is feeding into the security certificate process, which does not walk, talk and look like

Dans le contexte des instances impliquant un certificat de sécurité, c'est compliqué car toute norme de divulgation doit prendre en compte les intérêts du gouvernement en matière de sécurité nationale. Cela est indéniable.

Je persiste à croire que l'avocat spécial devrait bénéficier d'une divulgation des renseignements sur le modèle applicable en droit pénal. Bien entendu, ces renseignements ne seront pas intégralement communiqués à la personne désignée, au grand public ou au conseil du détenu, mais si l'on veut que l'avocat spécial puisse représenter convenablement les intérêts de la personne désignée, j'estime qu'on devrait lui communiquer les renseignements pertinents selon le modèle appliqué au criminel.

Mon avis repose en partie sur le fait que cette instance me semble de nature quasi pénale. Je sais que le ministre de la Sécurité publique a comparu devant vous en février. Il a alors affirmé que cette question ressortissait à l'immigration et non au droit pénal. Il est vrai que cette disposition fait partie de la Loi sur l'immigration et, en ce sens, c'est une question d'immigration. Toutefois, compte tenu de l'importance des intérêts individuels en jeu, y compris les longues périodes de détention en cause, les garanties procédurales doivent être élevées, et la divulgation est l'une de ces garanties. Pour cette raison, j'estime que les droits procéduraux de la personne dans cette situation devraient se rapprocher autant que possible de ce qu'ils seraient dans un procès au criminel, tout en tenant compte des considérations de sécurité nationale.

**M. Forcese :** Vous posez une question difficile à laquelle nous aurons la réponse à l'issue de la deuxième affaire *Charkaoui*, dont la Cour suprême a été saisie en décembre. Par conséquent, on peut s'attendre à ce qu'elle rende une décision sous peu.

Cette affaire porte en partie sur la nature de l'obligation de divulguer du gouvernement envers M. Charkaoui lui-même, la partie désignée. Il faudra sans doute trancher entre *Stinchcombe* et non-*Stinchcombe*, et l'on ne sait pas de quel côté la Cour suprême se rangera.

Tout comme le professeur Stewart, je pense qu'en ce qui concerne à tout le moins l'avocat spécial, la jurisprudence de la Cour fédérale, qui préconise la plus entière bonne foi, l'obligation de divulguer tout ce qui est pertinent est suffisamment proche de *Stinchcombe* que ce qui est divulgué au juge n'est sans doute pas différent en droit de ce qui devrait l'être dans le cadre d'une poursuite criminelle.

Si je préconise qu'un organe institutionnel différent atteste la divulgation, c'est en raison de la nature de l'instance et des renseignements en question. Pour ce qui est de la nature de la preuve dans une procédure pénale, il s'agit généralement d'éléments de preuve distincts, par exemple des notes prises par un policier au moment de l'incident et le rapport médico-légal. Ce n'est pas une preuve qui établit des liens, mais c'est un ensemble de renseignements distincts, comparativement à des renseignements de sécurité fournis par les services de renseignement de la Syrie ou provenant de la base aérienne de Bagram à la suite d'un interrogatoire mené par des militaires américains. Un ensemble de renseignements distincts et non structurés alimente la procédure de délivrance des certificats de

evidence in a criminal context. In that circumstance, it seems to me that the prospect of something relevant going missing is much higher than it would be in a criminal proceeding.

The second reason there needs to be more of an institutional check and balance, that is, asking SIRC to be involved in the certification of full disclosure, is the nature of the proceeding; it is secret. In a criminal proceeding, the Crown presents evidence in the presence of the accused, who can advise their counsel if they believe the evidence presented is incorrect.

In the security certificate context, the special advocate will not necessarily be fully apprised of everything the interested party would know, so special advocates are not as equipped to identify a problem in the evidence produced by the government.

In those circumstances, we must also increase the check and balance on the government to ensure full disclosure. There is no perfect way of implementing this check, but having a third party review the government's files and disclosure seems the closest to a compromise position.

**Senator Andreychuk:** The issue comes down to disclosure and evidence. In criminal law, thousands of cases over many years set precedent. In modern days, security has been a secret and covert activity. Jim Judd, Director of CSIS, recently said that the closer we come to an open criminal model and prosecution in Canada, the less likely it will be that CSIS and the police will be able to continue a covert model of collecting evidence.

I had not thought of it that way. We always talk about balancing national security and the rights of the individual, about how an accused receives a fair hearing while we protect the public. In criminal law, those balances have been worked out, but if we continue with our current models and continue to look at balancing, inevitably we will not be able to use the kind of evidence that security services have collected, which is considered to be in our national security interest. We will be less capable of preventing imminent threats and we will be able to prosecute the guilty only if we catch them with the goods. This scenario is particularly exacerbated by the immigration situation.

**Mr. Forcese:** This area is a difficult one, and one that all western democracies that I follow are confronting with varying degrees of success.

First, it becomes judicialized only in circumstances where the government tries to impose some sort of penalty; that is, a criminal proceeding or an immigration proceeding. Nothing precludes CSIS from conducting sustained surveillance or collecting information in some other manner. That situation only becomes relevant if the government goes a further step and brings a prosecution or an immigration removal process.

sécurité, et ces renseignements n'ont absolument rien à voir avec la preuve présentée dans un contexte pénal. En pareil cas, il me semble que la possibilité qu'il manque quelque chose de pertinent est beaucoup plus élevée que dans une procédure pénale.

La seconde raison qui milite en faveur de freins et contrepoids institutionnels, c'est-à-dire demander au CSARS de se charger d'attester le caractère complet de la divulgation, est la nature confidentielle de l'instance. Dans une instance pénale, la Couronne présente la preuve en présence de l'accusé, qui peut signaler à son conseil qu'à son avis, cette preuve est erronée.

Dans le contexte d'un certificat de sécurité, l'avocat spécial ne sera pas nécessairement au courant de tout ce que peut savoir la partie intéressée. Il ne sera donc pas en mesure de déceler une lacune dans la preuve produite par le gouvernement.

Dans de telles circonstances, il nous faut multiplier les automatismes régulateurs imposés au gouvernement pour assurer une pleine communication de la preuve. Il n'y a pas de façon idéale de mettre en oeuvre une telle protection, mais avoir une tierce partie qui examine les dossiers et la divulgation du gouvernement semble le meilleur compromis possible.

**Le sénateur Andreychuk :** Toute cette question s'articule autour de la divulgation et de la preuve. En droit pénal, des milliers de causes entendues au fil des ans établissent des précédents. De nos jours, la sécurité est une activité secrète. Le directeur du SCRS, M. Jim Judd, a récemment déclaré que plus nous nous rapprochons du modèle ouvert de poursuite criminelle au Canada, moins il sera possible pour le SCRS et la police de continuer à recueillir des renseignements en secret.

Je n'avais pas vu les choses sous cet angle. On parle toujours de trouver le juste équilibre entre les impératifs de la sécurité nationale et les droits de la personne, entre la nécessité de permettre à l'accusé de bénéficier d'un procès juste tout en assurant la protection de la population. En droit pénal, ces protections ont bien fonctionné, mais si nous conservons les modèles existants et que nous continuons de rechercher cet équilibre, inévitablement nous ne serons pas en mesure d'utiliser les éléments de preuve recueillis par les services de sécurité, ce qui est censé être dans l'intérêt de la sécurité nationale. Nous serons moins bien outillés pour prévenir des menaces imminentes et nous pourrions poursuivre les coupables uniquement si nous les prenons sur le fait. Ce scénario est particulièrement exacerbé par la situation de l'immigration.

**M. Forcese :** C'est une question difficile avec laquelle toutes les démocraties occidentales que j'étudie tentent de composer avec des succès relatifs.

Premièrement, la question est judiciarisée uniquement lorsque le gouvernement tente d'imposer une sanction quelconque au moyen d'une procédure pénale ou d'une instance d'immigration. Rien n'empêche le SCRS de mener des activités de surveillance soutenue, ni de recueillir des renseignements d'une autre façon quelconque. La question se pose uniquement si le gouvernement veut aller plus loin et tenter des poursuites ou imposer une ordonnance d'expulsion en vertu de la Loi sur l'immigration.

The idea that covert information-collecting is somehow abused because we have these proceedings over here, is only a problem if we have more of those proceedings; in other words, if we decide to have more security certificate cases and to bring more criminal prosecutions.

Once that decision is made, I agree with what Jim Judd said. I am not persuaded that where CSIS used to conduct covert surveillance, they are now more inclined to bring more prosecutions or more immigration proceedings.

I do not know that for a fact. There have not been any more security certificate cases for the last couple of years. We are not seeing an acceleration of this process.

**Senator Andreychuk:** Is that why we are not seeing the security? The security intelligence system says we have this kind of evidence, we are worried, but if we go the next step we will disclose all our sources and we will go through a judicial scrutiny. They are leaning the other way, which may not be in our national security interest. I am only carrying your argument the other way.

**Mr. Forcese:** The situation is the chicken-and-egg one. The security certificate cases are enormously expensive for the government and consume an enormous amount of resources, both in terms of preparation of the case and then the protracted litigation. I understand the system of disincentives that now exists for bringing these cases.

On the other hand, since the inception of CSIS we have had a SIRC model where complainants have always been entitled to bring complaints concerning CSIS, and until 2002, that entitlement included security certificate cases. We would have full disclosure per the SIRC rules under the CSIS Act, and we would have continued access by not only the counsel inside SIRC, but occasionally their outside counsel was brought in, in some cases, as a private practitioner. Some of those counsel are now special advocates.

We have had this model for 25 years in which some of this information collected by CSIS will be tested, albeit in camera, *ex parte*, but still tested in a manner that is not much different from what we are talking about in the security certificate context except it happens to be in front of a designated Federal Court judge.

It is hard for me to comment as an external observer about what motivates and drives CSIS. Some things do not line up in terms of greater reluctance because suddenly we have this highly intrusive system that we never had before. It is not true, at least in the immigration context.

À propos de l'idée que la cueillette secrète de renseignements risque d'être entravée parce que ces instances ont cours ici, le problème se posera uniquement si ces instances se multiplient; autrement dit, si nous décidons de délivrer davantage de certificats de sécurité et d'intenter davantage de poursuites au criminel.

Une fois cette décision prise, je suis d'accord avec les propos de Jim Judd. Je ne suis pas convaincu que dans les cas où l'on utilise le SCRS pour mener des activités de surveillance couvertes, on soit maintenant plus enclin à multiplier les poursuites judiciaires ou les instances d'immigration.

Je ne suis pas certain que ce soit le cas. Aucun certificat ne sécurité n'a été délivré depuis les deux dernières années. Nous ne voyons pas une accélération de ce processus.

**Le sénateur Andreychuk :** Est-ce la raison pour laquelle on ne voit pas le volet sécurité? D'après les experts du renseignement de sécurité, nous détenons ce genre de preuve, ce qui n'est pas sans susciter des inquiétudes. Par ailleurs, si nous passons à l'étape suivante, nous dévoilerons toutes nos sources et notre preuve sera assujettie à un examen judiciaire. Ils penchent de l'autre côté, ce qui n'est peut-être pas dans l'intérêt de la sécurité nationale. Je vous retourne simplement votre argument.

**M. Forcese :** C'est un peu comme la question de la poule ou de l'oeuf. Les causes impliquant des certificats de sécurité sont extrêmement coûteuses pour le gouvernement et exigent des ressources considérables, pour la préparation de la cause et ensuite, pour les poursuites prolongées. Je comprends qu'il y ait des désincitatifs qui existent maintenant à l'égard de ces cas.

D'autre part, depuis la création du SCRS, nous disposons du modèle du CSARS, qui a toujours permis aux parties intéressées de loger des plaintes au sujet du SCRS et, jusqu'en 2002, cette autorisation englobait les cas liés à des certificats de sécurité. Selon les règles gouvernant le CSARS en vertu de la Loi sur le SCRS, il y a communication complète des renseignements. Non seulement le conseil du CSARS, mais occasionnellement son conseil extérieur — dans certains cas, un avocat privé —, y a accès de façon ininterrompue. Certains de ces conseils sont maintenant avocats spéciaux.

Nous appliquons depuis 25 ans ce modèle qui permet l'examen des renseignements recueillis par le SCRS, quoiqu'à huis clos, *ex parte*. Cet examen n'est guère différent de celui qui a lieu dans le contexte d'un certificat de sécurité, sauf qu'il a lieu devant un juge désigné de la Cour fédérale.

En tant qu'observateur de l'extérieur, il m'est difficile de commenter ce qui motive le SCRS. Certaines choses ne concordent pas, notamment cette plus grande réticence car soudainement, on nous impose un système extrêmement attentatoire sans précédent. Cela n'est pas vrai, à tout le moins dans le contexte de l'immigration.

**Mr. Stewart:** A lot of the problems we are wrestling with arise because the government wants to do two things that are in tension with each other: They want to gather information and keep it secret; they also want to use it against someone in a proceeding. That tension is where the problems come from.

If the government is truly concerned about maintaining the secrecy of some of this information, the government may need to forego the advantages of using it in certain kinds of proceedings because of the need to make those proceedings fair.

**Senator Andreychuk:** Then there would be a resource difficulty to continue to track these people without taking the next step of putting them under the obligation of a security certificate, per se.

**Mr. Stewart:** That may be.

**Senator Andreychuk:** Security certificates were things that academics, lawyers and others discussed but it was not in the public domain until we reached the point of returning people where they might be tortured. That point seemed to grab a lot of people who said that it is not the Canadian way of doing things.

It is not that they have questioned so much whether these people were a security threat. It was more that, if they are, and we return them, we then come to this other competing problem of returning them to torture, and that is not a standard Canada wants to set.

In all the years we have studied this subject, it always comes back to the fact that Canada cannot solve this problem alone; returning to torture. Somehow, all countries are struggling with that problem and it demands — as many people say — an international answer on the question of torture, and we will not solve it by legislation in Canada alone.

**Mr. Forcese:** The problem is that there are countries that torture, and we cannot solve that practice in Canada. We have gone backwards, it seems to me, since 9/11 in terms of the firmness with which western democracies have opposed torture. The problem of states that torture will not be solved any time soon, and it will not be solved unilaterally by Canada.

In those circumstances, our only alternative is to honour our values and our international legal and Charter obligations, and not return people to circumstances where there are reasonable grounds to believe they will be tortured. For me, it is an absolute.

**Senator Andreychuk:** The U.K. was receiving undertakings by those countries that they could monitor, et cetera. That was one answer; to engage those countries and not give up on them as torturers, and to insist that if they want to be part of the international community, they must adhere

**M. Stewart :** Bon nombre des problèmes avec lesquels nous sommes aux prises découlent du fait que le gouvernement souhaite faire deux choses contradictoires : il veut recueillir des renseignements et les garder secrets; il veut aussi s'en servir comme éléments de preuve contre un individu dans une instance. C'est cette contradiction qui crée les problèmes.

Si le gouvernement veut vraiment assurer la confidentialité de certains de ces renseignements, il devra peut-être renoncer aux avantages liés à leur utilisation dans certaines instances en raison de son obligation d'en assurer l'équité.

**Le sénateur Andreychuk :** À ce moment-là, il serait difficile de rassembler les ressources pour continuer de faire la chasse à ces individus sans franchir le pas suivant, soit les assujettir à un certificat de sécurité proprement dit.

**M. Stewart :** Peut-être.

**Le sénateur Andreychuk :** Les certificats de sécurité suscitaient l'intérêt des universitaires, des avocats et d'autres experts, mais ils sont entrés dans le domaine public uniquement lorsqu'il a été question d'expulser des gens vers des pays pratiquant la torture. Ce facteur a semblé pousser bien des gens à dire que ce n'est pas là la manière canadienne de faire les choses.

Ce n'est pas tellement qu'ils contestaient le fait que ces gens constituaient une menace à la sécurité. Ils s'inquiétaient plutôt qu'une fois cela confirmé, cela ouvrirait la porte à un autre problème, soit leur renvoi vers un pays pratiquant la torture, et ce n'est pas là une norme que le Canada veut établir.

Pendant toutes les années d'études que nous avons consacrées à ce sujet, nous sommes toujours arrivés à la conclusion que le Canada ne peut résoudre seul ce problème d'une expulsion pouvant déboucher sur la torture. D'une façon quelconque, tous les pays se débattent avec ce dilemme. Selon de nombreux observateurs, ce problème de la torture exige une réponse internationale. Le Canada ne le réglera pas à lui seul par voie législative.

**M. Forcese :** Le problème, c'est que des pays pratiquent la torture et qu'on ne peut éliminer cette pratique au Canada. À mon avis, nous avons reculé depuis le 11 septembre, si l'on considère avec quelle fermeté les démocraties occidentales se sont élevées contre la torture. Le problème des États tortionnaires ne sera pas résolu avant longtemps, et il ne sera pas réglé unilatéralement par le Canada.

Dans ces circonstances, la seule solution est d'honorer nos valeurs, de respecter nos obligations juridiques internationales, ainsi que la Charte des droits et libertés, et de ne pas renvoyer des personnes dans des pays où nous avons des motifs raisonnables de croire qu'elles subiront la torture. Pour moi, c'est un principe absolu.

**Le sénateur Andreychuk :** Le Royaume-Uni a obtenu des engagements de la part de certains pays; ils acceptaient de se soumettre à une surveillance quelconque, et cetera. C'est une solution que de dialoguer avec ces pays, de ne pas renoncer à la possibilité de les amener à abandonner la torture. Il faut insister



to international standards. In other words, continue to plug away — it is difficult — at getting others to adhere to international standards.

**Mr. Forcese:** The issue of diplomatic assurances has been controversial in the U.K. and has received sustained negative commentary in Canada, including by our Supreme Court in *Suresh*.

We accept assurances in death-penalty cases. In circumstances where someone will be extradited or removed from Canada to serve trial in United States where they might be subject to capital punishment, we will seek assurances that capital punishment will not be sought or inflicted.

The Supreme Court observed the difference between capital punishment and torture in *Suresh*. For capital punishment — at least in places like the United States — we are not talking about extrajudicial execution; we are talking about a formal judicial process with checks and balances and controls.

There is no country in the world that I am aware of that, on its law books, says torture is permissible. Yet a substantial portion of countries in the world practice torture. It is a surreptitious practice behind closed doors. It seems to me that if we are trying to regulate a surreptitious, illegal practice under the law of the country in question through an additional promise that the country's state department or foreign affairs office offers and says we know it is already illegal, but here is the supplemental promise that we will not do what is already acknowledged as illegal, there is not much value added in that assurance. Moreover, because it is practiced in secret, it is difficult to police.

Witness the difficulty we had in guaranteeing the treatment of Maher Arar in circumstances where he was a Canadian citizen. Imagine the leverage we would have over a foreign government in circumstances where that person has no citizenship tie to Canada. We would have none.

It seems that assurances are largely unworkable in most instances. Of course, I would not want to test that hypothesis on the back of one of my clients. We only find out it is unworkable, if we do at all, when the person suffers the wrong that we are trying to prevent.

**Senator Andreychuk:** Were security certificates looked at as long-term issues? In reading what Britain is doing, they keep saying it is justifiable and acceptable to hold someone in the investigative point, certainly under security certificate provisions, providing they bring them to court often and have the review, review, review. They do not seem to talk about when does the holding end.

auprès d'eux, leur faire comprendre que s'ils veulent intégrer la communauté internationale, ils doivent adhérer à des normes internationales. Autrement dit, même si c'est difficile, il faut poursuivre sans relâche nos efforts pour convaincre ces pays délinquants d'adhérer à l'éthique internationale.

**M. Forcese :** La question des assurances diplomatiques a été controversée au Royaume-Uni et elle a suscité une réaction négative au Canada, notamment de la part de la Cour suprême dans l'affaire *Suresh*.

Nous acceptons de telles assurances dans les affaires impliquant la peine capitale. Lorsqu'un individu doit être extradé ou quitter le Canada pour subir son procès aux États-Unis, où il risque d'être assujéti à la peine capitale, nous demandons à ce pays l'assurance que la peine capitale ne sera ni exigée ni infligée.

La Cour suprême établit une différence entre la peine capitale et la torture dans l'arrêt *Suresh*. En ce qui concerne la peine capitale — à tout le moins dans des pays comme les États-Unis —, il n'est pas question d'une exécution extrajudiciaire, mais d'un processus judiciaire officiel assorti de protections et de contrôles.

À ma connaissance, il n'est écrit dans aucun ouvrage de droit nulle part dans le monde que la torture est permissible. Pourtant, un fort pourcentage de pays dans le monde pratiquent la torture. C'est une activité clandestine menée derrière des portes closes. Si nous tentons de réguler une pratique clandestine illégale selon le droit du pays en question en exigeant de son département d'État ou de son bureau des affaires étrangères la promesse de ne pas s'y livrer, à mon avis, le fait que ce pays, tout en sachant que c'est une activité illégale, promette de s'abstenir de se livrer à cette activité dont l'illégalité est déjà reconnue n'a guère de valeur ajoutée. De plus, comme la torture est pratiquée en secret, il est difficile d'assurer une surveillance à cet égard.

J'en veux pour preuve la difficulté que nous avons eue de protéger Maher Arar, alors qu'il était citoyen canadien. Imaginez quelle influence que nous pourrions avoir auprès d'un gouvernement étranger si la personne en question n'a aucun lien de citoyenneté avec le Canada. Nous n'en aurions aucune.

Il semble que dans la plupart des cas, de telles assurances demeurent lettre morte. Évidemment, je ne voudrais pas tester cette hypothèse sur le dos de l'un de mes clients. On constaterait uniquement l'échec de cette démarche, si tant est qu'on le sache, lorsque la personne subirait le traitement que nous essayons d'empêcher.

**Le sénateur Andreychuk :** A-t-on envisagé les certificats de sécurité comme des mesures à long terme? Compte tenu de ce que j'ai lu au sujet de ce qui se fait en Grande-Bretagne, on continue d'affirmer qu'il est justifié et acceptable de détenir quelqu'un dans le cadre d'une enquête, certainement dans le contexte d'une procédure de délivrance de certificats de sécurité, pourvu que les personnes nommées soient souvent ramenées devant les tribunaux et que leur cas fasse l'objet de contrôles répétés. On ne semble pas préciser à quel moment la détention doit prendre fin.

Professor Stewart, I think you mentioned that security certificates were not intended to be a long-term issue.

**Mr. Stewart:** No, the Supreme Court said something similar in *Charkaoui* when they said they were faced with some aspects of this possibility of lengthy detention in *Charkaoui*. The court essentially said they would not say it is unconstitutional but there must be a meaningful process of ongoing review — or words to that effect — to describe what must be done to ensure these provisions were constitutional.

I agree with that. Given the small number of people subject to this extensive, ongoing detention, it is difficult to know whether they are receiving that review. Even those released have been released on extremely stringent conditions, which must be close to imprisonment in certain respects.

What I suggested in my initial remarks was that I think it would have been possible to put something in the immigration act that would recognize that the longer the detention is, the less likely the person is to be a threat still.

This situation has been recognized on a case-by-case basis by some of the judges who have dealt with these detainees after they have been in jail for a long time. The judge has said this person's contacts have been completely disrupted. It seems unlikely the person will be a threat. That situation has weighed in favour of releasing the detainee.

It would have been preferable from the point of view of individual liberty if some kind of statutory presumption to that effect had been inserted in the bill.

If someone had never heard about any of these cases and they read the statute, they would think that this detention is only brief while the court sorts out whether this person is a threat. However, it has not worked out that way.

**Senator Day:** I want to go through how this process will unfold. Then I have a couple of questions.

Do you have the specific clauses of Bill C-3 with you? The first step is for a certificate to issue, with two ministers having signed it. Sometime down the line, there must be a determination of reasonableness. Is that reasonableness test the same test as reasonable grounds, the level of information one would expect of a peace officer?

**Mr. Stewart:** I think it is a bit higher. In *Charkaoui*, the Supreme Court of Canada provided gloss on that reasonableness language. If you give me a minute, I will find it in the judgment.

One concern expressed about this statute is that reasonable grounds is such a low standard as compared with that of proof beyond a reasonable doubt or even proof on a balance of probabilities. I do not know if I will be able to find it quickly, but

Professeur Stewart, je crois vous avoir entendu mentionner que les certificats de sécurité n'étaient pas conçus comme des mesures à long terme.

**M. Stewart :** Non. D'ailleurs, la Cour suprême a tenu des propos analogues dans l'arrêt *Charkaoui*, après avoir réfléchi à la possibilité d'une détention prolongée. Sans déclarer une telle mesure anticonstitutionnelle, sur le fond, les juges ont préconisé la mise en place d'un processus valable de contrôle continu — je crois que ce sont les termes employés — afin de garantir que ces dispositions ne portent pas atteinte à la Constitution.

Je suis d'accord avec cela. Compte tenu du petit nombre de personnes assujetties à cette détention indéterminée pendant une longue période, il est difficile de savoir si elles bénéficient d'un tel processus. Même les personnes qui ont été mises en liberté, sont demeurées assujetties à des conditions de libération sévères qui, par certains côtés, sont pratiquement comparables à l'incarcération.

Au début de mon exposé, j'ai avancé que l'on pourrait intégrer dans la Loi sur l'immigration une disposition reconnaissant que plus la détention de la personne nommée se prolonge, moins elle est susceptible de continuer à présenter une menace.

Cette situation a été reconnue au cas par cas par certains juges appelés à se prononcer sur la situation de personnes gardées en détention pendant une longue période de temps. Le juge a déclaré que le réseau de contacts de cette personne ayant été complètement démantelé, il semblait peu plausible qu'elle continue de représenter une menace. Cette situation a fait pencher la balance en faveur de la mise en liberté du détenu.

Dans l'optique du principe de la liberté individuelle, il aurait été préférable qu'une présomption quelconque à cet effet ait été intégrée au projet de loi.

Quelqu'un qui n'aurait jamais entendu parler de tels cas et qui lirait la loi penserait que la détention est uniquement de courte durée, qu'elle se limite à la période de temps dont a besoin le tribunal pour déterminer si la personne constitue une menace. Toutefois, les choses n'ont pas tourné ainsi.

**Le sénateur Day :** Je voudrais revenir sur le déroulement du processus et poser ensuite une ou deux questions.

Avez-vous les articles spécifiques du projet de loi C-3 sous les yeux? La première étape est la délivrance d'un certificat de sécurité signé par deux ministres. Ensuite, il faut déterminer le caractère raisonnable du certificat. Ce critère de la raisonabilité est-il le même que celui « des motifs raisonnables de croire », le niveau des renseignements correspondant à ceux fournis par un agent de la paix?

**M. Stewart :** Je pense qu'il est un peu plus élevé. Dans la cause *Charkaoui*, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur cette question du caractère raisonnable. Si vous me laissez une minute, je vais trouver le passage dans le jugement.

Ce qui nous préoccupe au sujet de la mesure, c'est que la norme « des motifs raisonnables de croire » est très faible par rapport à celle de la preuve au-delà de tout doute raisonnable, ou même de la preuve à la prépondérance des probabilités. J'ignore si je

the Supreme Court spoke in *Charkaoui* of the certificate being reasonable if there were credible and reliable reasons to think the minister's allegations were true or something along those lines. I am sorry I cannot remember it more precisely.

**Senator Day:** Is this standard a new one that we have not seen in any other legislation?

**Mr. Forcese:** I do not know the provenance in terms of the history here and when it first appeared, but reasonableness probably harkens to administrative law principles where, in administrative law, review in court does not necessarily assess whether the government was correct per se. It accords a varying degree of deference. One of the indicators of deference is a standard of reasonableness. They can be a little off the mark, but not so far off that it is unreasonable.

That is the way I have always understood the language of reasonableness here. It instructs the court that they are supposed to review, but on a modestly deferential standard analogous to the standards applied to administrative law.

**Senator Day:** Once that test has been applied by a judge and the judge finds there was reasonableness, as I understand section 79, there is an appeal of the Federal Court only if the judge certifies that a serious question exists for appeal. There is not an automatic right of appeal in that regard.

**Mr. Forcese:** That is true of several provisions in immigration law, such as with a regular refugee determination, for example. Most of what happens under IRPA, if not everything, is with leave. That is true of a judicial review of a refugee determination that goes to Federal Court, and then at the Federal Court of Appeal, it is with leave and the certification of a serious question.

**Senator Day:** Following on with the process —

**Mr. Stewart:** I am sorry to interrupt. Can I say a couple of things about that point?

**Senator Day:** Yes.

**Mr. Stewart:** For information, the part of *Charkaoui* I was thinking of appears in paragraph 39. The court said, "The 'reasonable grounds to believe' standard requires the judge to consider whether 'there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information.'" That is how they interpreted reasonableness in this particular context. It is for detention.

However, earlier in the paragraph, they talk about the reasonableness of the certificate as well, which suggests to me these things are all of a similar nature.

**Senator Day:** It is interesting you conclude that. That was my next question. I wanted to ask about this question of detention, continued detention and that review. Is that the

pourrai trouver ce passage rapidement, mais dans l'arrêt *Charkaoui*, la Cour suprême a déclaré que le certificat avait un caractère raisonnable s'il y avait des raisons valables et crédibles de penser que les allégations du ministre étaient véridiques, ou quelque chose d'approchant. Je suis désolé, je ne me souviens pas plus précisément des termes employés.

**Le sénateur Day :** S'agit-il d'une nouvelle norme qui ne figure dans aucune autre mesure législative?

**M. Forcese :** J'ignore la provenance de l'expression et le moment où il est apparu pour la première fois, mais le caractère raisonnable découle sans doute de principes du droit administratif. En effet, en droit administratif, le tribunal n'évalue pas nécessairement si le gouvernement a raison en soi. Il permet une mesure variable de retenue. L'un des indicateurs de la retenue est une norme du caractère raisonnable. On peut s'en écarter légèrement, pourvu que cela ne soit pas grave au point d'être déraisonnable.

C'est ainsi que j'ai toujours interprété la signification du caractère raisonnable dans le contexte qui nous occupe. On dit au tribunal qu'il doit faire un contrôle, mais selon une norme de retenue analogue à celle appliquée en droit administratif.

**Le sénateur Day :** Après avoir appliqué ce critère, si le juge accepte le caractère raisonnable du certificat, si j'ai bien compris l'article 79, sa décision peut uniquement faire l'objet d'un appel devant la Cour fédérale si le juge certifie que l'affaire soulève une question grave de portée générale. Il n'y a pas de droit d'appel automatique à cet égard.

**M. Forcese :** Il en est ainsi pour plusieurs dispositions dans la Loi sur l'immigration, notamment la procédure de détermination du statut de réfugié, par exemple. La plupart, voire la totalité des activités relevant de la LIPR, nécessitent une autorisation. C'est vrai dans le cas d'un examen judiciaire d'une décision sur l'octroi du statut de réfugié renvoyée à la Cour fédérale et, ensuite, à la Cour d'appel fédérale. Tout se fait après que le juge ait donné son autorisation et certifié que l'affaire soulève une question grave.

**Le sénateur Day :** Pour en revenir au processus...

**M. Stewart :** Je suis désolé de vous interrompre. Puis-je intervenir à ce sujet?

**Le sénateur Day :** Oui.

**M. Stewart :** Pour votre gouverne, le passage de l'arrêt *Charkaoui* auquel je songeais figure au paragraphe 39. La cour a déclaré : « La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi ». » Voilà comment la cour a interprété le caractère raisonnable dans ce contexte particulier. Cela s'applique à la détention.

Toutefois, dans un paragraphe précédent, il est aussi question du caractère raisonnable du certificat, ce qui donne à penser que ces deux choses sont de nature similaire.

**Le sénateur Day :** Il est intéressant que vous arriviez à cette conclusion. C'était l'objet de ma prochaine question. Je voulais vous interroger au sujet de la détention, de la détention prolongée

same standard? In *Charkaoui*, is the judge saying it is the same standard of reasonableness for the certificate and for continued detention?

**Mr. Stewart:** That is my understanding. On the question of appeal, under the former scheme, there was no right of appeal at all from the determination of reasonableness, which I thought was problematic. I was glad to see some possibility of appeal in the new legislation. As Mr. Forcese said, this right is parallel to other rights of appeal in immigration matters under this statute.

If we think of this as a quasi criminal type of situation, it looks like a fairly weak right of appeal compared to what we see in criminal law, where the convicted person has a broad right of appeal on questions of law and fact, generally speaking.

I would have been happier if the right of appeal had been broader than as stated in section 79.

**Senator Day:** The certificate process and the reasonableness is one thing. Then we also find in section 80 that if the certificate is found reasonable, there can then be deportation.

However, in the meantime, in section 81, if the minister determines to arrest this person and the person should be incarcerated, they can incarcerate that person under section 81. We still may be at a stage, and we probably are, where the reasonableness test has not been applied.

In section 82, “A judge shall commence a review of the reasons for the person’s continued detention within 48 hours after the detention begins.” This review is a different one. It does not say what standard is there, but the review is different than the review as to reasonableness of the certificate, as I understand it. Is that correct?

**Mr. Forcese:** Yes: Typically, as I understand it, the certificate is issued and along with the certificate comes the warrant for detention.

**Senator Day:** Do they typically do those at the same time? However, they do not need to be done necessarily at the same time. There are two different procedures here.

**Mr. Forcese:** No, with respect to the 48 hours and every six months, the review standard as to whether detention should persist is on the “reasonable grounds to believe” standard. The assessment is whether one should be able to detain this person on “reasonable grounds to believe,” and then the court reassesses the continued detention on that basis. At least, that is what has happened under the prior jurisprudence.

**Senator Day:** Those words do not appear there.

**Mr. Forcese:** No, but in practice, that is what has happened in the prior incarnation of IRPA. “Reasonable grounds to believe” — and Mr. Stewart read that language aloud — is an extremely low standard. It is not the lowest standard we know in Canadian law, but it is close.

et de ce contrôle. La même norme s’applique-t-elle? Dans l’affaire *Charkaoui*, le juge affirme-t-il que la même norme du caractère raisonnable s’applique à la fois pour le certificat et pour la détention prolongée?

**M. Stewart :** C’est ainsi que je comprends les choses. À propos de l’appel, en vertu du régime précédent, il n’y avait aucun droit d’appel concernant la détermination du caractère raisonnable, ce qui m’apparaissait problématique. J’ai été heureux de constater qu’on avait ajouté une possibilité d’appel dans la nouvelle mesure. Comme M. Forcese l’a dit, ce droit est parallèle à d’autres droits d’appel sur des questions d’immigration visées par cette mesure.

Si l’on considère qu’il s’agit d’une situation de type quasi pénal, cela semble un droit d’appel relativement faible comparativement à ce que l’on voit en droit pénal, où la personne inculpée dispose d’un large droit de faire appel sur des questions de droit et de fait, de façon générale.

J’aurais été plus satisfait si le droit d’appel avait été plus large que ce qui est stipulé à l’article 79.

**Le sénateur Day :** Le processus de délivrance des certificats de sécurité et son caractère raisonnable, c’est une étape. Ensuite, on peut lire à l’article 80 que si le certificat est jugé raisonnable, il peut y avoir déportation.

Toutefois, dans l’intervalle, le ministre peut lancer un mandat pour l’arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat conformément à l’article 81. On est probablement encore à une étape où la norme du caractère raisonnable n’a pas été appliquée.

Selon l’article 82, « dans les 48 heures suivant le début de la détention, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention. » Il s’agit d’un examen différent. Il n’est pas précisé quelle norme s’applique en l’occurrence, mais cet examen diffère de celui du caractère raisonnable du certificat, si j’ai bien compris. Est-ce exact?

**M. Forcese :** Oui. Généralement, à ma connaissance, le certificat de sécurité est délivré, accompagné d’un mandat de détention.

**Le sénateur Day :** Habituellement, procède-t-on à ces deux contrôles en même temps? Cependant, il n’est pas nécessaire qu’ils soient faits en même temps. Ce sont deux procédures différentes.

**M. Forcese :** Non, en ce qui a trait au contrôle qui doit être entrepris dans les 48 heures et tous les six mois en vue de déterminer si la détention devrait être maintenue, on utilise la norme « des motifs raisonnables de croire ». On détermine s’il est justifié de maintenir la personne désignée en détention sur la foi « des motifs raisonnables de croire » et, par la suite, le tribunal réévalue le maintien en détention sur cette base. À tout le moins, c’est ce qui se faisait en vertu de la jurisprudence antérieure.

**Le sénateur Day :** Cela n’est pas formulé ici.

**M. Forcese :** Non, mais en pratique, c’est ce qui se faisait conformément à la première incarnation de la LIPR. La norme « des motifs raisonnables de croire » — et M. Stewart a lu le libellé à voix haute — est extrêmement basse. Ce n’est pas la norme la plus basse qui existe en droit canadien, mais presque.

The concern I indicated earlier was that one could be detained potentially indefinitely. Remember, there is no formal link between removal and detention, as you have pointed out. Therefore, if a person can no longer be removed to torture, that person can still be detained potentially indefinitely on a “reasonable grounds to believe” standard, which is basically a suspicion. That situation is enormously concerning.

In my view — and I think Mr. Stewart echoed this view — we should have a ratcheting up over time so that for the first six months a person may be detained on reasonable grounds to believe, but in that interim the government has had time to develop its case so that going back for that first review should be a more demanding standard of proof.

**Senator Day:** In practice, would each review have a different judge?

**Mr. Forcese:** In practice, it tends to be the same designated judge who deals with individual cases.

**Senator Day:** Therefore, if the judge had reasonable grounds to believe six months ago, the judge is most likely to continue that belief. Is that correct?

**Mr. Forcese:** Except that we have seen the practice, as Mr. Stewart has indicated, where judges have said that essentially this individual has been subject to the certificate process. They have been taken out of circulation. The notoriety of these cases means they are no longer effective as a potential terrorist asset, so under those circumstances, whatever threat they might have posed six months ago has abated. That is how we have these conditional release orders.

**Senator Day:** I would be interested to hear your opinion on a couple of other subsections.

With respect to paragraph 83(1)(h), we were told by a number of witnesses that they felt that paragraph was too loose. The paragraph reads:

the judge may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law. . . .

There is the new restriction with respect to evidence obtained by torture. Do you have any comment with respect to that subsection?

**Mr. Stewart:** Briefly, I think proceeding on this type of information is consistent with seeing this as an immigration type of proceeding. I am not an immigration lawyer, but if you look at the provisions of the act that govern how refugee determinations are made and other types of proceedings under the Immigration and Refugee Protection Act, they contain maybe not the identical language but similar language to the effect that the tribunal is not bound by the rules of evidence, or that the tribunal may receive anything it deems reliable and appropriate. Language like that will be seen in other parts of the Immigration and Refugee Protection Act.

Je me suis inquiété tout à l’heure de la possibilité qu’une personne soit détenue indéfiniment. Je vous rappelle qu’il n’y a pas de lien formel entre le renvoi et la détention, comme vous l’avez signalé. En conséquence, si une personne ne peut plus être expulsée vers une destination où elle risque la torture, il demeure néanmoins possible qu’elle soit détenue indéfiniment en vertu de la norme « des motifs raisonnables de croire », essentiellement un soupçon. Cette situation est extrêmement préoccupante.

À mon avis — un avis que M. Stewart partage, je crois —, il faudrait relever graduellement la norme. Ainsi, pour les premiers six mois, une personne pourrait être détenue parce que le gouvernement a « des motifs raisonnables de croire », mais au cours de cette période, le gouvernement ayant eu l’occasion d’étayer sa cause, il s’ensuit qu’à l’occasion du premier contrôle, il devrait être assujéti à une norme de preuve plus exigeante.

**Le sénateur Day :** En pratique, chaque contrôle aurait-il un juge différent?

**M. Forcese :** En pratique, c’est généralement le même juge désigné qui s’occupe des cas individuels.

**Le sénateur Day :** Par conséquent, un juge qui aurait eu des motifs raisonnables de croire six mois auparavant serait sans doute très enclin à demeurer du même avis. N’est-ce pas?

**M. Forcese :** Sauf que dans la pratique, comme M. Stewart l’a mentionné, des juges ont dit qu’essentiellement, l’individu visé par la procédure de délivrance d’un certificat de sécurité a été mis hors d’état de nuire. La notoriété entourant ces cas signifie que la personne en question a perdu toute efficacité en tant que terroriste potentiel, auquel cas, quelle que soit la menace qu’elle ait pu poser six mois auparavant, celle-ci a diminué. Voilà pourquoi nous avons ces ordonnances de mise en liberté sous condition.

**Le sénateur Day :** Je voudrais savoir ce que vous pensez de deux autres alinéas.

De nombreux témoins nous ont dit qu’à leur avis, l’alinéa 83(1)h) était trop imprécis. L’alinéa en question se lit comme suit :

il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile...

Il existe une nouvelle restriction concernant la preuve obtenue sous la torture. Pouvez-vous commenter cet alinéa?

**M. Stewart :** En bref, je pense que l’admissibilité de tels renseignements est conforme à la perspective d’une instance d’immigration. Je ne suis pas un avocat spécialisé en droit de l’immigration, mais si l’on examine les dispositions de la loi qui régissent la reconnaissance du statut de réfugié ainsi que d’autres instances relevant de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, on y retrouve un libellé qui sans être identique, est similaire. Selon ce libellé, le tribunal n’est pas assujéti aux règles de la preuve; il est habilité à admettre en preuve tout élément qu’il estime digne de foi et utile. Cette formulation est utilisée dans d’autres parties de la Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés.

If we see this as an immigration proceeding, it makes perfect sense to have this language here. However, if we see it as a quasi-criminal proceeding, which is how I tend to see it, it sets off alarm bells.

At the same time, if the government makes its case through this information summary from secure sources, it is inevitable that we will need something like this. Otherwise, it would not be receivable as evidence according to our normal rules of evidence.

I wrote a paper on aspects of this issue some time ago. A friend of mine who has represented detained individuals read a draft and said, "You keep talking about evidence in your paper. It is not evidence I received in this summary; it is a bunch of stuff from CSIS."

I think that situation inevitably will be the case if this is seen as an immigration proceeding or one where information truly must be kept secure. Therefore, yes, it troubles me but I can see how it fits into the scheme.

**Mr. Forcese:** As Professor Stewart has indicated, the reason for this provision is that the conventional rules of evidence would mean that little of what the government relies upon in these cases would be available to the court, not least the hearsay rule. I have been told by people in the United Kingdom and in Canada that the information used against the individual tends to be hearsay piled upon hearsay.

It may originate with the Syrian security service. It is then shared with MI5 in the United Kingdom. The analyst at MI5 prepares a memorandum that is shared with another allied intelligence service. Ultimately, the information is handed over to CSIS.

A Syrian report is handed to the United Kingdom; analysts' reports are piled on analysts' reports before it arrives at CSIS. A chain of information has bounced around the world, none of which would be admissible under our conventional rules of evidence.

Section 83(1.1) is important, which is the bar on using evidence obtained under torture or cruel, inhuman and degrading treatment. The language about torture is already covered in the Criminal Code. However, the language about cruel, inhuman and degrading treatment is not. We no longer need a debate in Canada about whether water boarding is torture, which is the ongoing debate in the United States. I think it is torture, but it is irrelevant for the purposes of this provision. If it is not torture, it is certainly cruel, inhuman and degrading treatment. Therefore, it cannot come into these proceedings. We vitiate the need to have this protracted debate about what is torture and what is not.

Si l'on considère qu'il s'agit d'une instance d'immigration, il est tout à fait logique de retenir ce libellé. Toutefois, si nous voyons cela comme une instance quasi pénale, ce que je suis enclin à penser, cela déclenche une sonnette d'alarme.

En même temps, si le gouvernement présente ses arguments au moyen d'un résumé des renseignements obtenus auprès de sources confidentielles, il est inévitable que l'on ait recours à un libellé comme celui-là. Autrement, ces renseignements ne seraient pas admissibles en preuve selon les règles normales de la preuve.

Il y a quelque temps, j'ai rédigé un article sur certains aspects de cette question. Un de mes amis qui représente des personnes détenues en a lu une ébauche et m'a dit : « Tu parles constamment de preuve dans ton article. Ce n'est pas une preuve que j'ai reçue dans ce résumé; c'est un tas de renseignements provenant du SCRS. »

À mon avis, c'est incontournable si l'on considère cela comme une instance d'immigration, ou une instance où il faut absolument assurer la confidentialité de certains renseignements. En conclusion, oui, cela me préoccupe, mais je peux voir comment cela s'inscrit dans le régime.

**M. Forcese :** Comme l'a expliqué le professeur Stewart, la raison d'être de cette disposition, c'est que l'application des règles conventionnelles de la preuve signifierait qu'une très petite partie des renseignements sur lesquels le gouvernement s'appuie dans ces cas serait admissible devant un tribunal, sans compter que cela contrevient à la règle du oui-dire. Des intervenants du Royaume-Uni et du Canada m'ont dit que les renseignements utilisés contre l'individu sont généralement une accumulation de oui-dire.

Les renseignements en question peuvent provenir du service de renseignement de sécurité syrien qui les aura ensuite transmis au MI5, au Royaume-Uni. L'analyste du MI5, lui, prépare une note de service qui est communiquée à un autre service de renseignement de sécurité allié. En bout de ligne, ils sont remis au SCRS.

Un rapport syrien est remis au Royaume-Uni; des rapports d'analystes s'accumulent avant d'aboutir au SCRS. Cette chaîne d'information a fait le tour du monde et aucun de ces éléments ne serait admissible selon les règles de la preuve conventionnelles.

Le paragraphe 83(1.1) est important car il exclut de la preuve des renseignements dont on a des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Le libellé concernant la torture est déjà inscrit dans le Code criminel. Toutefois, la partie concernant des traitements cruels, inhumains ou dégradants ne l'est pas. Il n'est plus nécessaire d'avoir un débat au Canada quant à savoir si la simulation de noyade constitue une forme de torture, un débat qui fait rage aux États-Unis. Personnellement, je pense que c'est de la torture, mais cela n'a rien à voir avec la raison d'être de cette disposition. Si ce n'est pas de la torture, c'est certainement un traitement cruel, inhumain et dégradant. Par conséquent, elle n'est pas acceptable dans ces instances. Nous vitions la nécessité d'avoir un débat prolongé sur ce qui est de la torture, et sur ce qui ne l'est pas.

**Senator Day:** That amendment was a good one.

The next question is with respect to section 83(1.2)(c) on page 8 of Bill C-3. This provision suggests that the special advocate is not able to differentiate between information in the special advocate's mind from a previous case and, therefore, should not be able to proceed in this new case. Previous witnesses have said that lawyers do this all the time. They are able to differentiate and maintain information they have in their head from one case to another.

Do you have any comment with respect to that subsection?

**Mr. Forcese:** It remains to be seen how this provision will work out. As you probably know, the first debate on special advocates that has arrived in federal court has now been resolved. It was about whether two individuals who were counsel for four of the parties subject to a security certificate could stop being counsel and start being special advocates. They have been security cleared and appointed to special advocates.

The government complained that to have these individuals moved from a role as counsel to special advocate would raise conflicts of interest.

**Senator Day:** That is subsection 83(1.2)(b).

**Mr. Forcese:** It would raise conflicts of interest, but also it would raise subsection (c) in the sense some of these individuals were also representing the persons participating in the Iacobucci internal inquiry. At the end of the day, the issue was resolved and these individuals are now serving as special advocates. However, this was a fraught debate.

The reason that subsection (c) gives me concern is that in the United Kingdom there has been what is known as tainting. A special advocate works on case A. The special advocate sees the secret information on case A. Case B comes along and may involve the same country with some of the same information potentially. That special advocate is precluded from having any contact with the interested party in case B, even prior to seeing the secret evidence in case B because that person has worked on case A. That special advocate has been tainted because of prior contact with the secret evidence in case A.

It seems to me that subsection 83(1.2)(c) opens the door to a Canadian concept of tainting. In other words, someone is tainted because of their prior involvement in some other parallel case and, therefore, it is not appropriate for them to be the special advocate in this subsequent case.

This is a problem for a couple of reasons. It is a problem because part of the reason someone becomes a good special advocate is that they work on the same cases over and over again and they become better. It is also a problem in that there is a finite list of special advocates. If they all become tainted

**Le sénateur Day :** Cet amendement était fort valable.

Ma prochaine question porte sur l'alinéa 83(1.2)c), à la page 8 du projet de loi C-3. Cette disposition laisse entendre que les avocats spéciaux ne sont capables de faire la différence entre des renseignements ayant trait à une cause antérieure et, par conséquent, ne devraient pas être habilités à traiter ce nouveau cas. Des témoins entendus précédemment ont affirmé que les avocats font cela constamment. Ils sont capables de faire des distinctions claires entre les renseignements qu'ils ont en tête d'une cause à l'autre.

Avez-vous quelque commentaire que ce soit au sujet de cet alinéa?

**M. Forcese :** Il reste à voir comment on appliquera cette disposition dans la pratique. Comme vous le savez sans doute, le premier problème concernant les avocats spéciaux qui a été soumis à la Cour fédérale a maintenant été résolu. On se demandait si deux personnes qui agissaient à titre de conseils pour quatre des parties visées par un certificat de sécurité pouvaient cesser d'assumer les fonctions de conseils et commencer à agir à titre d'avocats spéciaux. Ils ont reçu une habilitation de sécurité et sont maintenant nommés avocats spéciaux.

Le gouvernement s'était plaint du fait que ces personnes soient passées du rôle de conseil à celui d'avocat spécial car, selon lui, cela soulevait des conflits d'intérêts.

**Le sénateur Day :** Il en est question à l'alinéa 83(1.2)b).

**M. Forcese :** Cela soulèverait des conflits d'intérêts, mais cela déclencherait aussi l'application de l'alinéa c) en ce sens que certaines de ces personnes représentaient également des participants à l'enquête interne Iacobucci. En fin de compte, la question a été résolue et ces conseils agissent maintenant à titre d'avocats spéciaux. Toutefois, ce fut un débat tendu.

La raison pour laquelle l'alinéa c) m'inquiète, c'est qu'au Royaume-Uni, il s'est produit ce qu'on appelle une contamination. Un avocat spécial travaille sur le cas A. L'avocat spécial prend connaissance de renseignements sensibles dans le cadre du cas A. Arrive le cas B, qui peut mettre en cause le même pays d'où émanent potentiellement certains éléments de preuve. Il est interdit à cet avocat spécial d'avoir tout contact avec la partie intéressée du cas B, avant même d'avoir pris connaissance des renseignements sensibles du cas B étant donné qu'il a travaillé sur le cas A. Cet avocat spécial a été contaminé parce qu'il a au préalable pris connaissance de la preuve confidentielle du cas A.

À mon avis, l'alinéa 83(1.2)c) ouvre la porte à un concept canadien de contamination. Autrement dit, un avocat peut être contaminé en raison de sa participation antérieure à un autre cas parallèle; par conséquent, il ne serait pas approprié qu'il soit l'avocat spécial dans cette affaire subséquente.

Cela fait problème pour diverses raisons. Premièrement, un avocat spécial en vient à exceller dans son travail parce qu'il se penche constamment sur des cas de même nature; c'est ainsi qu'il s'améliore. Deuxièmement, il y a une liste limitée d'avocats spéciaux. Si, avec le temps, ils deviennent tous contaminés, on se

over time, we will have a circumstance where there is no contact as a special advocate with the interested person because of this tainting concept.

It remains to be seen how this situation will work out in Canada. It has been an issue in the United Kingdom.

**Senator Day:** Why has this tainting principle developed? Is it because the special advocate would have a wealth of knowledge and therefore would be able to ask questions that may get to the real root of what is happening?

**Mr. Forcese:** I will not go that far.

The special advocates I have spoken to in the United Kingdom have told me, in essence, that the government does not trust them. The government is wary of the constraints on information sharing. That is why the United Kingdom has a strict regime of non-communication with the interested party once the special advocate has seen the secret information. The special advocate can have continued communication only in writing, and the questions posed to the interested party must be vetted by the government side. Special advocates do not avail themselves of this communication because they feel that the fact the government vets the question is prejudicial to the interested person.

The United Kingdom has been wary about the continued contact issue, and tainting is a manifestation of that issue. In essence, the special advocates say the government does not trust the outside barristers. I think we will see the same phenomenon in Canada.

**Senator Day:** That is interesting. We may follow up on that issue.

My final question is with respect to section 85.4(2), which deals with the situation after the evidence is received. The special advocate, in effect, may not have any discussion with their client without the judge's permission.

That provision was discussed earlier. Professor Forcese, did you say that there may be two special advocates and will they be able to talk to one another?

**Mr. Forcese:** Presumptively, only with a court order: special advocates are concerned about the language of the section. They do not know what it means. They all assume that common sense will prevail, but how far will common sense prevail?

Will the special advocate be able to talk to their paralegals about the proceeding? They cannot talk to their paralegals about the secret information, but what if there is some other issue that is purely a matter of public information?

I may want to know about cruel, inhuman and degrading treatment and how it is defined in international law, but I cannot talk to my associate or paralegal because that matter concerns the proceeding where I am special advocate. A literal interpretation of this provision would mean we are in trouble.

retrouvera avec une situation où aucun avocat spécial ne pourra avoir de contact avec la personne intéressée à cause du concept de la contamination.

Nous verrons comment la situation évoluera au Canada. Cela a été un problème au Royaume-Uni.

**Le sénateur Day :** Pourquoi a-t-on créé ce principe de la contamination? Est-ce parce que l'avocat spécial qui aurait une mine de renseignements serait en mesure de poser des questions susceptibles d'aller au fond des choses?

**M. Forcese :** Je n'irais pas aussi loin.

Les avocats spéciaux britanniques auxquels j'ai parlé au Royaume-Uni m'ont dit que, fondamentalement, le gouvernement ne leur fait pas confiance. Le gouvernement se méfie des restrictions imposées au partage de l'information. Voilà pourquoi le Royaume-Uni a un régime strict de non-communication avec la partie intéressée une fois que l'avocat spécial a pris connaissance des renseignements sensibles. L'avocat spécial peut uniquement continuer à communiquer avec l'intéressé par écrit, et les questions qu'il veut lui poser doivent être approuvées par des représentants du gouvernement. Les avocats spéciaux ne se prévalent pas de cette possibilité de communication car, à leur avis, le fait que le gouvernement approuve leurs questions a un effet préjudiciable pour la personne intéressée.

Le Royaume-Uni est méfiant au sujet du contact continu, et la contamination est une manifestation de ce problème. Essentiellement, les avocats spéciaux disent que le gouvernement ne fait pas confiance à des avocats de l'extérieur. Je pense que nous verrons le même phénomène au Canada.

**Le sénateur Day :** C'est intéressant. Nous approfondirons sans doute cet aspect.

Ma dernière question porte sur le paragraphe 85.4(2) qui précise ce qu'il en est, une fois que l'avocat spécial a pris connaissance des éléments de preuve. Dans les faits, il ne peut pas communiquer avec son client sans l'autorisation du juge.

Il a été question de cette disposition plus tôt. Professeur Forcese, avez-vous dit qu'il y aurait sans doute deux avocats spéciaux et qu'ils seraient en mesure de communiquer l'un avec l'autre?

**M. Forcese :** Présument, mais uniquement avec l'autorisation de la cour. Les avocats spéciaux s'interrogent au sujet du libellé de cet article. Ils ignorent ce que cela signifie. Ils supposent tous que le bon sens prévaudra, mais jusqu'où?

L'avocat spécial sera-t-il autorisé à communiquer avec les techniciens juridiques de son équipe au sujet de l'instance? Ils ne peuvent leur parler des renseignements confidentiels, mais qu'en est-il d'un autre sujet qui serait strictement du domaine public?

Je peux vouloir m'informer au sujet du traitement cruel, inhumain et dégradant, vouloir savoir comment cela est défini en droit international, mais je ne peux parler à mon collègue, ou à mon technicien juridique, parce que ce sujet concerne l'instance où je suis avocat spécial. Toute interprétation littérale de cette



Common sense suggests that the special advocate would be able to do so, but we will have to wait and see.

**Mr. Stewart:** I agree with that concern. Common sense probably will prevail, but it may have been better to draft the bill in such a way that the special advocates did not need to fight these battles from the outset. I am confident they will fight them successfully. However, this concern is all a distraction from their real task. It would have been nice if it were clearer from the beginning that this type of common sense communication was not precluded by the statute.

**Senator Day:** Would it be helpful to amend section 85.4(2) of Bill C-3? The introductory words are:

After that information or other evidence is received by the special advocate, the special advocate may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge's authorization. . . .

It could be amended to say that they:

. . . cannot, without a judge's authorization, communicate that information and other evidence or any portion of it. . . .

That wording would be instead of the wording that they cannot talk about the proceeding in general.

**Mr. Forcese:** That would cure the overreaching issue of breadth, which is information concerning the proceeding. As well, we need an additional subsection that says, "for greater certainty, you can have continued communication with the interested party and their counsel subject to reasonable restrictions such that you do not disclose the secret information." We carve off communications with the counsel and the interested party and put it in a different camp altogether and create a presumption in favour of continued contact, subject to reasonable limitations.

**Senator Day:** Would prior approval by a judge be required?

**Mr. Forcese:** Maybe not on a case-by-case basis but there must be an opportunity for the government to make submissions on precisely the kind of constraints that should be placed on the special advocate. I would not oppose that. If we create a presumption of favour of continued access, then we must be wary of not posing so many restrictions that we close off that continued access. Currently, they have to fight for any access.

**Mr. Stewart:** The way in which you quickly posed the possible amendment might go too far the other way, a view that might surprise you after my comments this afternoon. The concern driving this section is not only about communication of the information, which is clearly not to be communicated to the person named because that is the whole point of the system, but also the inadvertent disclosure of things that might alert the named person to something that the government thinks that

disposition signifierait que nous sommes dans le pétrin. Le bon sens voudrait que l'avocat spécial soit en mesure de communiquer, mais il nous faudra attendre pour voir.

**M. Stewart :** Je partage cette préoccupation. Le bon sens va sans doute prévaloir, mais il faudra peut-être améliorer le libellé du projet de loi pour que les avocats spéciaux n'aient pas à livrer ces batailles d'entrée de jeu. J'ai confiance qu'ils remporteraient ces batailles. Toutefois, cette préoccupation les empêche de se concentrer sur leur véritable tâche. Il aurait été utile de préciser au départ que ce type de communication fondée sur le bon sens n'est pas interdit par la loi.

**Le sénateur Day :** Serait-il utile d'amender le paragraphe 85.4(2) du projet de loi C-3, dont le début se lit ainsi :

Entre le moment où il reçoit les renseignements et autres éléments de preuve et la fin de l'instance, l'avocat spécial ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance si ce n'est avec l'autorisation du juge...

Nous pouvons le modifier en disant :

... ne peut, sans l'autorisation d'un juge, communiquer les renseignements et autres éléments de preuve...

On pourrait utiliser cette formulation au lieu de dire qu'ils ne peuvent parler de l'instance en général.

**M. Forcese :** Cela réglerait le problème de la portée excessive de la disposition, qui vise toute information concernant l'instance. De plus, il faudrait ajouter un autre paragraphe précisant que « pour plus de certitude, l'avocat spécial peut avoir une communication continue avec la partie intéressée et son conseil, sous réserve de certaines limites raisonnables, notamment l'interdiction de divulguer les renseignements confidentiels ». Nous prenons les communications avec le conseil et la partie intéressée et nous les mettons dans une autre catégorie, ce qui crée une présomption en faveur d'un contact continu, sous réserve de certaines limites raisonnables.

**Le sénateur Day :** L'autorisation préalable d'un juge serait-elle nécessaire?

**M. Forcese :** Peut-être pas au cas par cas, mais il faut que le gouvernement puisse établir précisément les limites auxquelles serait assujéti l'avocat spécial. Je ne serais pas opposé à cela. Si nous créons une présomption en faveur de l'accès continu, il faut veiller à ne pas imposer des restrictions tellement nombreuses qu'elles ferment la porte à cet accès continu. À l'heure actuelle, les avocats spéciaux doivent lutter pour obtenir quelque accès que ce soit.

**M. Stewart :** L'amendement possible que vous venez de proposer rapidement risque d'aller trop loin dans l'autre sens. Cette position vous surprendra peut-être de ma part, après les commentaires que j'ai faits cet après-midi. Le paragraphe en question suscite des préoccupations concernant non seulement la communication des renseignements qui, de toute évidence, ne peuvent être divulgués à la personne nommée car c'est là le fondement même du système, mais également toute divulgation

person should not know. The way in which you posed the wording of a possible amendment might not protect the government's interests sufficiently, which we must recognize.

**Mr. Forcese:** The way to deal with that issue is to say they "cannot disclose consciously or inadvertently." In that way, we cover off the prospect of inadvertent disclosure and put the focus on the information, not on the information as a whole.

These special advocates are highly cognizant of their obligations as barristers, obviously, and their obligations under other rules of professional conduct. However, they are subject to prosecution and incarceration for 14 years under the Security of Information Act if they disclose any of this information. They are bound permanently by secrecy. The hammer that can come down on them if they disclose will be extremely heavy. Therefore, they will not rush to disclose information consciously or inadvertently, and will be cautious.

If the government is concerned about what is said in that room between the named person and counsel, why not have some provision in the act that if the government insists, legal counsel from SIRC can be present. In that way, a third party would be present to advise the special advocate if they go into dangerous territory. Then, the provision would need to subject that counsel from SIRC to some non-disclosure obligation as well so they do not run back to the government with what was said. It is all possible and can be done through careful crafting of the bill.

**Senator Joyal:** I am tempted to go beyond the strict study of sections of this bill and put the bill into more of a systemic context. Professor Kent Roach, who we heard last week, mentioned that there is a natural tendency by security service to claim that everything is secret. By corollary, they will fight any initiative that tends to vet that statement or the context in which they work to maintain security. I can understand that position. It is more or less the law of nature.

In an article published in *The Hill Times* on Monday, April 28, 2008, Mr. Forcese, you looked into the U.K. and Australian model and how they monitor security anti-terrorist legislation and the value of an independent watchdog. In Britain, the independent examiner is Lord Carlile of Berriew. According to your article, he has the status of an officer of Parliament and can exercise the monitoring continuity of the anti-terrorist legislation.

When we hear your comprehensive responses to our questions on Bill C-3, we cannot help but conclude that there are still many grey zones in respect to how the special advocate system will operate. As both of you have said repeatedly, it will depend upon whether a federal court judge wants to give this and that,

de renseignements par inadvertance, celle-ci risquant d'alerter la personne nommée quant à ce que le gouvernement pense qu'elle ne devrait pas savoir. Le libellé que vous proposez en vue d'un amendement éventuel risque de ne pas protéger suffisamment les intérêts du gouvernement, qu'il faut reconnaître.

**M. Forcese :** La façon de régler le problème est de dire que l'avocat spécial ne peut divulguer les renseignements « délibérément ou par inadvertance ». De cette façon, nous couvrons la possibilité d'une divulgation par inadvertance et nous mettons l'accent sur des renseignements précis, et non sur l'ensemble des renseignements.

Ces avocats spéciaux sont manifestement très au fait de leurs obligations en tant qu'avocats, ainsi que de leurs autres obligations en vertu du code de déontologie de leur profession. Aux termes de la Loi sur la protection de l'information, ils sont passibles de poursuites et d'une peine d'emprisonnement de 14 ans s'ils divulguent quelque renseignement que ce soit. Ils sont liés en permanence par le secret. Les peines auxquelles ils s'exposent s'ils se rendent coupables d'une divulgation sont extrêmement lourdes. Par conséquent, ils ne seront pas pressés de divulguer des renseignements, que ce soit délibérément ou par inadvertance; ils feront preuve de prudence.

Si le gouvernement s'inquiète au sujet de ce qui se dit dans cette pièce entre la personne nommée et son conseil, pourquoi ne pas formuler une disposition précisant qu'à l'insistance du gouvernement, un conseiller juridique du CSARS peut être présent. De cette façon, une tierce partie serait présente pour aviser l'avocat spécial qu'il s'aventure en terrain dangereux. Il faudrait aussi que cette disposition assujettisse l'avocat du CSARS à une obligation de non-divulgaration pour empêcher qu'il transmette au gouvernement ce qui a été dit. Tout cela est possible et peut se faire en peaufinant la formulation du projet de loi.

**Le sénateur Joyal :** Je suis tenté d'aller au-delà de la stricte étude des articles en question du projet de loi et d'inscrire la mesure dans un contexte plus systémique. Le professeur Kent Roach, que nous avons entendu la semaine dernière, a mentionné la tendance naturelle des services de sécurité d'affirmer que tout est secret. En corollaire, ils s'opposent à toute initiative qui tend à remettre en question cette affirmation ou le contexte dans lequel ils travaillent en vue d'assurer la sécurité. Je comprends cette position. C'est plus ou moins la loi de la nature.

Monsieur Forcese, dans un article publié dans *The Hill Times* du lundi 28 avril 2008, vous avez examiné les modèles britannique et australien et la façon dont ils surveillent l'application de la législation antiterroriste. Vous soulignez la valeur d'un chien de garde indépendant. En Grande-Bretagne, cet examinateur indépendant est lord Carlile de Berriew. D'après cet article, il a le statut de mandataire du Parlement et peut exercer en permanence une surveillance de la loi antiterroriste.

À entendre vos réponses détaillées à nos questions sur le projet de loi C-3, on ne peut que conclure qu'il demeure de nombreuses zones grises quant au fonctionnement du système de l'avocat spécial. Comme vous l'avez tous deux répété, tout dépendra de la décision d'un juge de la Cour fédérale d'accorder ceci ou cela, et

and how. There is a great deal of uncertainty as to how the system will operate eventually in the context of the parameters of the Supreme Court decisions in *Charkaoui*.

How should we ensure that we have the capacity to continue to monitor the two exceptional provisions of our law such that we maintain security and the rule of law in Canada?

**Mr. Forcese:** That question is an important one. First, much is left to be resolved under Bill C-3. We are not sure how it will work, if at all. My first piece of advice to this committee would be to keep a watching brief. Do not rush to put out a report by the end of this year. If matters are left to resolve or if you must put out a report, make it an interim report and continue your observations as these issues are ironed out in federal court. Frankly, it may well be that in January after your report is out, something happens at federal court that causes the whole system to collapse, at which point we need careful legislative scrutiny.

Second, you mentioned the article I wrote that looked at the independent examiner function in the United Kingdom and, to a lesser extent, in Australia. It is analogous to an officer of Parliament. A standing official is charged with reviewing the waterfront in terms of anti-terrorism law, and has a statutory mandate to do so every year under the various U.K. anti-terrorism laws.

As the example, Lord Carlile issues reports that are generally controversial; and no one is happy with them. Civil society and government object to various aspects of these reports but they provide a continued dialogue. As a consequence of these reports that feed into continued parliamentary deliberations, the reports become expert evidence, if you will, for parliamentary deliberations. They also generate or galvanize response from executive government.

In the Blair years and now with the current government in the United Kingdom, when a report comes from Lord Carlile, the government feels compelled to respond. In this way, access information comes out of government about their current thinking, which is more than I can say about what we have in Canada. The government's position on all these issues is more or less a cipher. On Bill C-3, we had no indication of what they would do with special advocates until they tabled a bill. There was no consultation.

The government was cagey in its response to the Commons three-year review of the Anti-terrorism Act on this issue. There was nothing helpful. As far as I know, the government never responded to this committee's review of the Anti-terrorism Act, although I am not sure if they are obliged to do so. Certainly, there was no response to the committee's report on the three-year review of the Anti-terrorism Act, which makes it difficult to continue to monitor how these issues develop. The issues are incredibly complex and cover many legislative areas. There is true

de quelle manière. Une grande incertitude plane sur la façon dont le système fonctionnera éventuellement, notamment dans le contexte des paramètres établis par les décisions de la Cour suprême dans la cause *Charkaoui*.

Comment faire pour s'assurer que nous avons la capacité de surveiller en permanence les deux dispositions exceptionnelles de notre loi, de façon à garantir la sécurité et l'application du droit au Canada?

**M. Forcese :** C'est une question importante. Premièrement, il reste bien des points d'interrogation au sujet du projet de loi C-3. Nous ne savons pas comment il fonctionnera, si tant est qu'il fonctionnera. Mon premier conseil au comité serait de demeurer vigilant. Ne vous hâtez pas pour rédiger un rapport d'ici la fin de l'année. Si des questions subsistent, ou si vous devez présenter un rapport, faites en sorte que ce soit un rapport provisoire et continuez de suivre l'évolution du dossier, car ces questions se préciseront en Cour fédérale. À vrai dire, il se peut fort bien qu'en janvier, une fois votre rapport publié, la Cour fédérale rende une décision qui provoque l'effondrement de tout le système. Si cela se produit, un examen législatif approfondi s'imposera.

Deuxièmement, vous avez mentionné l'article dans lequel je me suis penché sur la fonction de l'examineur indépendant au Royaume-Uni et, dans une moindre mesure, en Australie. Son statut est analogue à celui d'un mandataire du Parlement. Ce haut fonctionnaire permanent est chargé de surveiller l'application de la législation antiterrorisme. Il a le mandat statutaire de soumettre un rapport sur le sujet tous les ans en vertu des diverses lois antiterroristes au Royaume-Uni.

À titre d'exemple, lord Carlile publie des rapports généralement controversés, qui ne font vraiment l'affaire de personne. La société civile et le gouvernement dénoncent divers aspects de ses rapports, mais ils permettent un dialogue continu. Grâce à ces rapports, qui alimentent en permanence les délibérations au Parlement, les parlementaires ont accès à une preuve spécialisée, si vous voulez. Les rapports engendrent, ou provoquent, une réponse de l'exécutif du gouvernement.

Dans les années Blair, et maintenant, avec le gouvernement présentement au pouvoir au Royaume-Uni, lorsque lord Carlile rend public un rapport, le gouvernement se sent obligé d'y répondre. Ainsi, le gouvernement fournit une information au sujet de l'état de sa réflexion, ce qui est mieux que ce que nous avons au Canada, d'après moi. La position du gouvernement canadien sur toutes ces questions est plus ou moins cryptique. En ce qui concerne le projet de loi C-3, nous n'avions aucune idée de ce que le gouvernement entendait faire au sujet des avocats spéciaux avant le dépôt de la mesure. Il n'y a eu aucune consultation.

Le gouvernement a été réticent à s'ouvrir dans sa réponse à l'examen triennal de la Loi antiterroriste. Cela n'a été d'aucune utilité. Pour ma part, j'estime que le gouvernement n'a jamais répondu à l'examen qu'a effectué votre comité sur la Loi antiterroriste, même si je ne suis pas sûr qu'il ait été tenu de le faire. Chose certaine, il n'y a pas eu de réponse au rapport du comité faisant suite à l'examen triennal de la Loi antiterroriste, de sorte qu'il est difficile de continuer à exercer une surveillance quant à l'évolution de ces questions. Il s'agit de questions d'une

virtue in having an independent reviewer, such as Lord Carlile who is a Liberal Democrat in the House of Lords in the U.K. — a third party in the House. He has full access to secret information and reports on whether a proposal is good and whether the terrorism law is working the way that it should work. Such feedback from a standing official tends to galvanize a response; and there is virtue in that response.

**Mr. Stewart:** I have nothing to add to that.

**Senator Joyal:** You suggest that we hold a spotlight on the issue because it is evolving and we might have a decision from the Supreme Court on the second *Charkaoui* case, which might touch on one or more aspects of this bill, possibly section 85 or even section 82 on detention and release.

However, we cannot extend that spotlight indefinitely unless we make a change in the rules of Parliament — either in the House of Commons or the Senate — to grant to a standing committee the continuous responsibility to monitor elements of the anti-terrorist legislation.

There are the security certificates but there are many other issues with which we have not dealt. For instance, the definition of terrorism, as you know, is imprecise. There is the overall context in which the security is monitored, the silo syndrome, as you mentioned, that was deplored in the United States last month. That was the main conclusion of the report of the September 11 investigation conducted in the American Congress.

There is the overall approach to security. It is difficult to see that Parliament will be satisfied that it has the tools to monitor this responsibility to exercise the oversight it should exercise if there is not an infrastructure within Parliament to maintain that pressure.

We are a non-permanent committee; we are a special committee. We judged it was better to keep the issue the way we have it now rather than to wait three years. The three-year review is good but, in the interim, what do we do? Do we cross our arms and say, “We will wait three years and then take the bits and pieces apart and put it together?”

If we do not maintain the capacity or the role of oversight of Parliament, at the end we will take those measures as being permanent in the system of common law we have in Canada. In other words, they will become a normal aspect of our operation and we will put study emphasis on them only when there is a crisis of some sort, or pressure from public opinion to review an issue.

Is it not one of the considerations of our report to re-express the essential elements of monitoring the anti-terrorist tools and legislation that we have in Canada to ensure that we maintain the fundamental principle of the rule of law?

complexité extraordinaire qui touchent de nombreux domaines législatifs. Il est fort avantageux d’avoir un examinateur indépendant comme lord Carlile, qui est un démocrate libéral à la Chambre des communes au Royaume-Uni, un tiers parti à la Chambre. Il a plein accès aux renseignements confidentiels. Dans ses rapports, il se prononce sur le bien-fondé d’une proposition donnée; il signale si la Loi antiterroriste fonctionne comme elle le devrait. Une telle rétroaction de la part d’un haut fonctionnaire permanent a tendance à provoquer une réponse, et cette réponse est précieuse.

**M. Stewart :** Je n’ai rien à ajouter.

**Le sénateur Joyal :** Vous préconisez que nous gardions cette question sous les réflecteurs parce qu’elle continue d’évoluer et que la Cour suprême risque de se prononcer sous peu dans la seconde affaire *Charkaoui*, ce qui pourrait influencer sur un ou plusieurs aspects de ce projet de loi, possiblement l’article 85, ou même l’article 82 sur la détention et la mise en liberté.

Cependant, nous ne pouvons le faire indéfiniment, à moins d’apporter des changements aux règles parlementaires — que ce soit à la Chambre des communes ou au Sénat — afin de confier à un comité permanent la responsabilité de surveiller en permanence des éléments de la législation portant sur le terrorisme.

Outre les certificats de sécurité, il y a de nombreuses autres questions que nous n’avons pas abordées. Par exemple, la définition du terrorisme est imprécise, comme vous le savez. Il y a aussi le contexte global dans lequel on veille à la sécurité, le syndrome du silo, comme vous l’avez mentionné, qui a été déploré aux États-Unis le mois dernier. Ce fut la principale conclusion du rapport sur l’enquête menée par le Congrès américain au sujet des attentats du 11 septembre.

Sans compter l’approche générale en matière de sécurité. Il est difficile d’imaginer que le Parlement sera convaincu d’avoir les outils nécessaires pour assumer cette responsabilité et exercer la surveillance qui s’impose, à moins qu’il y ait, au sein du Parlement, une infrastructure visant à maintenir la pression.

Nous sommes un comité non permanent; nous sommes un comité spécial. Nous avons jugé qu’il était préférable d’examiner la question selon ce mécanisme au lieu d’attendre trois ans. C’est une bonne idée de faire un examen triennal, mais dans l’intervalle, que faisons-nous? Nous croisons-nous les bras en disant : « Nous allons attendre trois ans et ensuite, décortiquer la loi morceau par morceau pour ensuite la reconstituer? »

Si nous ne conservons pas la capacité ou le rôle de surveillance du Parlement, ces mesures finiront par acquérir un statut permanent dans le système de common law en vigueur au Canada. Autrement dit, elles deviendront la norme de notre fonctionnement et nous nous y intéresserons uniquement lorsque surviendra une crise quelconque ou que l’opinion publique réclamera l’examen d’une question particulière.

N’est-ce pas l’un des objectifs de notre rapport que de réitérer le caractère essentiel de la surveillance des outils et de la législation antiterroristes dont nous disposons au Canada pour assurer le maintien du principe fondamental de la règle de droit?

**Mr. Forcese:** I agree with you completely. For what it is worth, I think this committee should be a standing committee. I say this knowing I will be in trouble on the Commons side: In terms of the quality of the report that came out on Bill C-36, the Anti-terrorism Act, this committee delivered a much higher calibre report. There is more continuity in this committee and I think it would be a loss to lose it.

I hear what you are saying. The issue is obviously a resourcing one for Parliament, and a decision in the hands of you, as parliamentarians, as to how you staff the committees. However, it seems to me that, if we did not have this committee, we would need to invent it again. These issues will not go away. They become more complex with time.

One thing you may talk about in a year's time is the capacity of the Communications Security Establishment Canada to intercept communications without a judge's order; whether that is constitutional. Sooner or later that issue will hit a court. There are eight or nine issues off the top of my head that are subject to all sorts of controversy right now in anti-terrorism law. Therefore we need sustained parliamentary scrutiny of those issues on an ongoing basis.

As an outsider, that is about as far as I can go.

**Senator Joyal:** Senator Andreychuk raised the issue that if we ever deported someone, there would be follow-up in the media and then we can end up with a real international problem in our hands, as you described, with limited means for Canada to talk about the condition of someone who is not one of their nationals. That is an element of international law, and the United Nations addressed this issue. I think it is an important issue that needs to be addressed.

One day it will be there. We know there will be such a case one day. How the other democratic countries have dealt with that issue is part of the recommendation we have put forward that needs to be monitored closely.

**The Chair:** Thank you, gentlemen. It has been helpful. Your comments about the work and the calibre of work of this committee are a happy note on which to draw this meeting to a conclusion.

The committee adjourned.

**M. Forcese :** Je suis tout à fait d'accord avec vous. Je vais vous donner mon avis, et vous en ferez ce que vous voudrez : votre comité devrait être un comité permanent. Je le dis en sachant que cela ne me rendra pas populaire du côté des Communes : pour ce qui est du rapport portant sur le projet de loi C-36, la Loi antiterroriste, votre comité a rédigé un rapport de bien meilleur calibre. Il y a davantage de continuité dans votre comité, et j'estime que ce serait dommage de le perdre.

Je comprends votre propos. Il s'agit manifestement d'une question d'allocation des ressources pour le Parlement. En tant que parlementaires, il vous appartient de décider de quelle façon vous dotez les comités. Toutefois, il me semble que si ce comité n'existait pas, il faudrait l'inventer. Ces questions ne vont pas disparaître. Elles deviendront plus complexes avec le temps.

Dans un an, vous serez sans doute appelé à discuter de la capacité du Centre de la sécurité des télécommunications Canada d'intercepter des communications sans l'autorisation d'un juge; il vous faudra décider si cela est conforme à la Constitution. Tôt ou tard, cette question sera soumise à un tribunal. Spontanément, je peux vous citer huit ou neuf questions qui suscitent de multiples controverses à l'heure actuelle dans le contexte de la législation antiterroriste. Il est nécessaire que le Parlement se livre à un examen permanent de ces questions.

À titre d'observateur, je ne peux pas m'avancer plus loin.

**Le sénateur Joyal :** Le sénateur Andreychuk a évoqué le scénario suivant : si le Canada déporte un jour quelqu'un, les médias s'intéresseront à l'affaire et nous pourrions nous retrouver avec un véritable problème international sur les bras. En effet, comme vous l'avez expliqué, le Canada n'aura guère de marge de manoeuvre pour s'inquiéter du sort d'un individu qui n'est pas un ressortissant canadien. C'est un élément qui relève du droit international et, d'ailleurs, les Nations Unies ont abordé cette question. À mon avis, c'est une question importante qui mérite examen.

Un jour, cela se produira. Nous savons qu'un cas comme celui-là se présentera éventuellement. La manière dont d'autres pays démocratiques ont tenté de régler le problème est visée par notre recommandation d'exercer une étroite surveillance.

**Le président :** Merci, messieurs. Vos témoignages ont été utiles. De plus, vos aimables commentaires concernant la qualité du travail de notre comité sont une bonne note sur laquelle conclure notre séance.

La séance est levée.







*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Public Works and Government Services Canada –  
Publishing and Depository Services  
Ottawa, Ontario K1A 0S5

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Travaux publics et Services gouvernementaux Canada –  
Les Éditions et Services de dépôt  
Ottawa (Ontario) K1A 0S5

---

WITNESSES

*As individuals:*

Hamish Stewart, Professor, Faculty of Law, University of  
Toronto;  
Craig Forcese, Professor, Faculty of Law, University of Ottawa.

TÉMOINS

*À titre personnel :*

Hamish Stewart, professeur, faculté de droit, Université de  
Toronto;  
Craig Forcese, professeur, faculté de droit, Université d'Ottawa.